Die Notwendigkeit einer Revision der Bestimmungen über Einziehung und Unbrauchbarmachung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Werner Kornmesser
aus Berlin-Südende

Approbiert am 27. Januar 1937

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1937

1937/141

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite:

I. Die Einziehung und Unbrauchbarmachung im Strafgesetzbuch. 9

§ 1. Zweck, Voraussetzungen und rechtliche Natur der Einziehung im allgemeinen 9

§ 2. Die Einziehung des § 40 StGB 14

§ 3. Die sog. unterschiedslose Einziehung 17

§ 4. Die Einziehung bei Jagdvergehen 19

§ 5. Versuch und Eigentumsübergang 21

§ 6. Die Unbrauchbarmachung 23

§ 7. Die Einziehung und Unbrauchbarmachung im sog. objektiven Verfahren 29

II. Mängel der Einziehung und Unbrauchbarmachung auf Grund der Bestimmungen des geltenden Rechts und Vorschläge zu ihrer Abhilfe de lege ferenda 33

III. Die Entwürfe 43

§ 1. Der Vorentwurf 1909 43

§ 2. Der Entwurf 27 44

§ 3. Das kommende deutsche Strafrecht 45

Literaturverzeichnis.

Beling: Grundzüge des Strafrechts. 4. Aufl. Tübingen 1912

Binding: Grundriß des Deutschen Strafrechts. Allg. Teil. 7. Aufl. Leipzig 1907.

— Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

— Lehrbuch des Strafrechts. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Ebermayer-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, Leipziger Kommentar. Bd. 1. 5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933.

Eichmann: Die Einziehung bei Jagdvergehen. Greifswald 1914.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. Berlin 1927, in Verhandlungen des Reichstages. Bd. 415, Anlage 3390.

Francke: in Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 20, S. 14.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. Tübingen 1931.

Friedländer: Das objektive Verfahren nach der StPO. Leipzig 1895.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1922.

Glücksmann: Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung über Einziehung und Unbrauchbarmachung. Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Beling, Breslau 1898.

Goldschmidt: Strafen und verwandte Maßnahmen, in Vergleichende Darstellung des Strafrechts. Allg. Teil, Bd. 4, S. 81 ff., herausgegeben von O. Liebmann, Berlin.

Grünbaum: Die Voraussetzungen der Unbrauchbarmachung im Reichsstrafgesetzbuch und den Spezialstrafgesetzen des Reichs. Strafrechtliche Abhandlungen. Breslau 1913.

Heinze: Die Strafe der Konfiskation nach den neueren deutschen Gesetzgebungen in Goltd. Arch., Bd. 5, S. 166.

Herschel: Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung über Einziehung und Unbrauchbarmachung. Strafrechtliche Abhandlungen. Breslau 1899.

v. Hippel: Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.

Köbner: Die Maßregel der Einziehung. Jena 1892.

Köhler: Deutsches Strafrecht. München 1917.

Kohler: Patentrecht. Mannheim und Straßburg 1878.

v Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 20. Aufl. Berlin 1914.

Mangold: Die Unbrauchbarmachung. Würzburg 1930.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig 1922.

Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Mezger: Strafrecht. München und Leipzig 1933.

Nagler: Die Jagdwilderer, in Vergl. Darst., bes. T., Bd. 8, S. 417 ff.

Neumann: Die Unbrauchbarmachung im § 41 StGB. Breslau 1899.

Nissen: Die Einziehung. Straßburg 1887.

Oetker: Kriminelle und zivile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen, in Festgabe der Rostocker Juristenfakultät für Jhering. Stuttgart 1892.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1927.

Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1896.

Rahn: Die Konfiskation. Greifswald 1906.

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.), herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.

Rocholl: Die selbständige Einziehung. Erlangen 1899.

Rubo: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1879.

Schoetensack: Der Konfiskationsprozeß. Leipzig 1905.

Schwabe: Ueber die Grenzen der Einziehung nach § 295 StBG., in Goltd. Arch., Bd. 60, S. 403.

Stoos: Motive zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. Allg. Teil. 1893.

Strafrecht: Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission. Allg. und bes. Teil. Berlin 1935.

Seeler: Die Einziehung. Würzburg 1918.

Tolkiemit: Die Einziehung nach § 40 StGB. Beuthen 1898.

Vorberg: Die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts. Rostock 1895.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Text und Begründung. Berlin 1909.

I. Die Einziehung und Unbrauchbarmachung im Strafgesetzbuch.

§ 1.

Zweck, Voraussetzung und rechtliche Natur der Einziehung im allgemeinen.

Schon eine einfache Ueberlegung, ja ein Blick in die Zeitung, genügt, um sich die Bedeutung klarzumachen, die den Verbrechenswerkzeugen bei der Begehung von Straftaten im täglichen Leben zukommt. Immer wieder hat man hier festzustellen Gelegenheit, daß die überwiegende Zahl aller Verbrechen unter Zuhilfenahme irgendwelcher Mittel begangen werden. So lesen wir: Der Täter bedrohte ihn mit einem Revolver, — der Wilderer wurde in dem Augenblick überrascht, als er den in einer Schlinge gefangenen Hasen in seinen Rucksack legen wollte, — die Räuber spannten ein Drahtseil über die Straße und brachten auf diese Weise das Auto zum Halten, — die Klingelfahrer öffneten die Tür mit einem Dietrich, — die Geldschrankknacker durchstemmten eine Decke und schweißten den Geldschrank auf, — usf.

Es ist nicht schwer, den Grund für die Benutzung dieser Hilfsmittel zu erkennen: sie ermöglichen die Durchführung der Straftat überhaupt erst oder erleichterten sie doch zum mindesten. Ihre Beschaffung und Benutzung läßt daher auf ein besonders intensiven verbrecherischen Willen schließen, so daß sich eine härtere Bestrafung solcher Rechtsbrecher schon aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt. Aber auch eine Entziehung des benutzten Gegenstandes aus der Hand dieses Täters oder aus dem Verkehr überhaupt muß erfolgen, um einem weiteren Gebrauch tunlichst vorzubeugen. Nicht stichhaltig ist der Einwand, daß eine derartige Entziehung zwecklos sei, da sich der Verbrecher ohne wesentliche Schwierigkeiten neue Werkzeuge beschaffen könne. Auch eine Bestrafung, der neben dem repressiven Charakter auch präventive Tendenzen innewohnen, hat nicht immer einen befriedigenden Erfolg. Deshalb ist jede Maßnahme, die auch nur eine geringe Erschwerung der Ausführung eines neuen Verbrechens darstellt, geeignet, und zu treffen. Wenn auch die Neigung und Fähigkeit zum Verbrechen nur ausnahmsweise an den Besitz eines bestimmten, als Werkzeug tauglichen Gegenstandes geknüpft sein wird, bedeutet doch in vielen Fällen die Belassung eines Werkzeugs, das sich schon einmal als geeignet erwiesen hat, in der Hand dieses Täters einen Anreiz zu neuen Delikten. Sein Verbleiben im

Machtbereich des Täters ist daher eine Gefährdung der Allgemeinheit, während die Entziehung neben der Bekämpfung der Schwäche des Verbrechers einer neuen Rechtsgüterverletzung vorbeugt.

Das geltende Recht hat die Bedeutung und die Gefahr, die der Benutzung von Verbrechenswerkzeugen zukommt, wohl erkannt und in vielen Bestimmungen des Strafgesetzbuches und der Nebengesetze Folgen hieran geknüpft. In erster Linie sind hier die Einziehung, die im § 40 StGB grundsätzlich geregelt ist, und die Unbrauchbarmachung (§ 41 StGB) zu nennen. Weiterhin ist die Benutzung eines Werkzeugs bei Vornahme einer strafbaren Handlung als straferhöhender Umstand in § 223 a StGB gewertet, und, in konsequenter Weiterführung dieses Gedankens und in der Ueberzeugung, daß alle diese Maßnahmen nicht ausreichend sind, um eine Gewähr für eine sorgsame Prävention zu bieten, ist auch der Besitz von Diebeswerkzeug unter gewissen Voraussetzungen als strafbegründender Umstand angesehen worden [1]).

Im folgenden sollen die Maßnahmen der Einziehung und Unbrauchbarmachung im einzelnen durchgegangen werden, um hieraus den Schluß ziehen zu können, ob sie der Aufgabe einer notwendigen Verbrechensbekämpfung und Verhütung in dem erforderlichen Maße gerecht zu werden vermögen.

Als umfassendste Maßnahme dieser Art ist die Einziehung im Strafgesetzbuch und den Nebengesetzen vielfach vorgesehen. Rein äußerlich stellt sie sich als Eigentumserwerb des Staates als Folge einer strafbaren Handlung dar. Nicht eindeutig ist aber aus dem Wortlaut der Vorschriften zu entnehmen, zu welchem Zweck die Maßnahme getroffen wird: Soll sie den Rechtsbrecher neben einer Geld- oder Freiheitsstrafe noch durch den Verlust des Gegenstandes am Vermögen treffen, soll sie also Strafe sein, oder hat sie den Zweck, durch die Entziehung des Gegenstandes aus der Hand des Täters oder jedes Dritten, eine Begehung weiterer Verstöße mit Hilfe dieses Werkzeuges zu verhüten, ist sie mithin Sicherungsmaßnahme?

Das Gesetz hat sich über die rechtliche Natur der Einziehung nirgends ausgelassen und sie weder ausdrücklich als Strafe noch als Präventionsmaßnahme bezeichnet. An der einzigen Stelle, wo es nicht den gesetzestechnischen Ausdruck gebraucht, im § 42 StGB, spricht es neutral von Maßnahmen. Der Umstand aber, daß die Einziehung im Strafgesetzbuch behandelt wird, kann vielleicht eine Vermutung für ihre Strafnatur begründen, aber nie für sich allein entscheidend sein [2]), denn „mit Aufnahme eines Rechtsinstituts in die Kodifikation ist das Urteil über seine Rechtsnatur noch nicht gesprochen." [3]) Es sind auch andere durchaus als nicht strafrechtlich anerkannte Institute, wie z. B. die Buße oder die Polizeiauf-

---

[1]) Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßnahmen der Sicherung und Besserung v. 24. 11. 1933.

[2]) a. A. Kohler S. 578.

[3]) Schötensack S. 1.

sicht, im Strafgesetzbuch geregelt, und ferner gilt auch der Satz: a potiori fit denominatio. Die Uebertragung des Ausspruchs an den Richter gibt ebenfalls keinen sicheren Beweis für die Strafnatur, da begrifflich auch sichernde Maßnahmen vom Richter erkannt werden können, wenn es Zweckmäßigkeitsrücksichten — Kenntnis der Materie, Zeit und Kostenersparnis — für tunlich erscheinen lassen. Auch die Motive geben uns keinen Aufschluß. Durch den Widerspruch in den §§ 38 und 39 der Motive, in denen die Einziehung einmal als Nebenstrafe, dann als sichernde Maßnahme bezeichnet ist und auch Vermögensstrafe und Nebenstrafe als Gegensätze gegenübergestellt werden, die aber begrifflich keine Gegensätze sind, ergibt sich keine Handhabe, entweder Strafe oder Sicherungsmaßnahme anzunehmen. Die Motive müssen daher bei der Bestimmung der rechtlichen Natur der Einziehung außer Betracht bleiben.

Es ist deshalb der Wissenschaft überlassen geblieben, hierüber Klarheit zu schaffen und die einzelnen Merkmale auszusondern, die für die Annahme des einen oder anderen Zwecks sprechen. Bei der Lösung dieser Frage haben sich große Schwierigkeiten ergeben. Sie rühren daher, daß den Bestimmungen über Einziehung allein der Name gemeinsam ist, während die Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit voneinander abweichen. In dieser Beziehung können wir drei Möglichkeiten unterscheiden, unter denen die Einziehung zulässig ist:

1. Die Einziehung von Gegenständen, die dem Täter oder einem Teilnehmer gehören § 40 StGB,
2. Die sog. unterschiedslose Einziehung §§ 152, 295, 296a, 360, 367 StGB,
3. Die Einziehung im sog. objektiven Verfahren § 42 StGB.

Aus diesem Umstand sind von der Wissenschaft und Rechtsprechung die verschiedensten Schlüsse gezogen worden, und es erhellt, daß die Ansichten über die rechtliche Natur der Einziehung auseinandergehen. Folgende Ansichten werden vertreten:

1. Eine Ansicht sieht in allen Fällen die Einziehung als Strafe an. Sie wird vertreten von Kohler, S. 575, Francke in Goltd. Arch. Bd. 20, S. 14 ff., Heinze in Goltd. Arch. Bd. 5, S. 166, Glücksmann, S. 8, Tolkiemit, S. 5, Mezger, S. 493.
2. Eine andere Ansicht sieht sie stets als Sicherungsmaßnahme an. Ihre Vertreter sind: Beling, S. 115, Nissen, S. 8, Köbener, S. 5 und Rocholl, S. 22.
3. Die dritte und überwiegende Ansicht geht dahin, daß der Einziehung eine zwiespältige Natur inne wohne. Nach der Meinung einiger ist das entscheidende Merkmal darin zu sehen, ob sie den Schuldigen trifft oder nicht [4]), während eine

[4]) Herschel S. 11, Vorberg S. 5, Rahn S. 13, Binding in Handbuch allg. T., S. 84 und Grundriß S. 259.

andere Ansicht die Einziehung des § 40 StGB als Strafe, sie in allen übrigen Fällen als Sicherungsmaßnahme ansieht [5]).

4. Einer vierten Ansicht erscheint eine einheitliche Auffassung der Einziehung als eigenartiger, von der Strafe verschiedener Unrechtsfolge als die befriedigendste Lösung [6])

Bevor zu diesen Ansichten Stellung genommen wird, erscheint es zweckmäßig, die Begriffe Strafe und Sicherungsmaßnahme eindeutig zu definieren und festzustellen, durch welche Merkmale eine Unterscheidung getroffen werden kann.

Strafe ist nach Liszt [7]) das Uebel, welches der Strafrichter gegen den Verbrecher wegen des Verbrechens verhängt, um das gesellschaftliche Unwerturteil über Tat und Täter zum Ausdruck zu bringen. Der Verbrecher soll dafür, daß er sich mit dem Gesetz in Widerspruch gesetzt hat, ein Uebel erleiden für das Uebel, das er getan hat. Sie ist also ihrem Wesen und Inhalt nach Zufügung eines beabsichtigten Uebels, vom Staat verhängt als Gegenwirkung seiner Autorität, die durch seine Gebote und Verbote mißachtende Handlung verletzt worden ist, und dafür Vergeltung bringen will, um die Autorität in Geltung zu halten. Dieses beabsichtigte Uebel ist dem Gedanken und Begriff der Vergeltungsstrafe im Gegensatz zu anderen Maßregeln wesentlich, da nur hierdurch bestimmte typische und nützliche Wirkungen der Vergeltung erzielt werden. Sie muß aber, will sie gerecht sein, eine den Täter treffende Entziehung von Rechtsgütern nach Maßgabe der schuldhaften Tat sein, d. h. sich nach dem Tatprinzip der Schwere von Schuld und Tat bestimmen. Wird diese Anpassung einer Maßregel an eine Tat nach anderen Gesichtspunkten bestimmt, dient sie insbesondere dem Zweck, für die Zukunft der Begehung von Straftaten vorzubeugen, da die Strafe allein dem Schutzbedürfnis nicht genügt, sondern zur wirksamen Bekämpfung des Verbrechertums notwendig ist, weitere Maßregeln zu treffen, die eine Behebung von kriminalpolitisch bedenklichen Zuständen ermöglichen, so will die Maßnahme kein Uebel zufügen, nicht Vergeltung üben, sondern lediglich die Gesellschaft vor neuen Verletzungen des Rechtsfriedens schützen. Die sichernden Maßnahmen stellen also ihrem Inhalt nach prinzipiell kein Uebel dar, wenigstens bezwecken sie ein solches nicht. Wenn sie doch zum Uebel für den Betroffenen werden, so ist das eine Begleitwirkung, wie ja auch andererseits Strafen denkbar sind, die im konkreten Fall kein Uebel darstellen. (Kleine von Landstreichern im Winter begangene Delikte, um ein Obdach zu haben.) Eine Präventivmaßnahme will nicht vergelten, sondern sie will direkt oder indirekt der Begehung von Verbrechen vorbeugen. Der Präventivcharakter wird nicht dadurch beseitigt, daß sie, wie die Strafe, von der Be-

---

[5]) Liszt S. 250, Olshausen zu § 40, 1, Frank zu § 40 I, Ebermayer zu § 40, 1 und RGSt 14 S. 161, 46 S. 131.

[6]) v. Hippel, Lehrb. S. 437.

[7]) S. 247.

gehung einer strafbaren Handlung abhängig gemacht ist, und daß sie einen sie zulässig machenden strafrichterlichen Ausspruch voraussetzt. Dies alles verleiht ihr wohl einen strafähnlichen Charakter, stempelt sie aber noch nicht zu einer, ganz andere Zwecke verfolgenden Strafe. Strafe und Sicherungsmaßnahme unterscheiden sich aber nicht nur durch ihre verschiedenen Zwecke, zu vergelten oder zu sichern, und durch ihr Wesen, Repression und Prävention, sondern auch durch ihren Gegenstand: Nicht gegen das begangene Verbrechen richtet sie sich, sondern gegen den Zustand, aus welchem das Verbrechen hervorgegangen ist und aus welchem weitere Verbrechen hervorwachsen können. Sie setzt auch strafbare Handlungen voraus, aber diese bildet nur Anlaß für ihre Verhängung, nicht wie für die Strafe, Ursache. Daß sie überhaupt als Voraussetzung gefordert wird, erklärt sich daraus, daß sie ein Symptom bildet für die Gefährlichkeit des Täters, und daß aus Zweckmäßigkeitsgründen dem mit der Aburteilung befaßten Richter zugleich die Anordnung der Präventivmaßnahme übertragen wird. Sichernde Maßnahmen sind daher Maßnahmen gegenüber dem Täter eines Verbrechens, durch die der Staat den aus diesem Zustand weiter drohenden Verletzungen der Rechtsordnung zu prävenieren sucht.

Aus diesen Unterschieden gewinnen wir die Merkmale, die erkennen lassen, in welchen Fällen es sich um eine Strafe und in welchen es sich um eine Sicherungsmaßnahme handelt: Will die Maßregel ein Uebel für den Betroffenen hervorrufen und hat der Staat und das Volk das Bedürfnis und das Bewußtsein der Vergeltung, so haben wir es mit einer Strafe zu tun. Im anderen Fall, wo der Staat nicht Vergeltung üben will, wo es sich aber doch um eine Schutzmaßnahme gegen einen Verbrecher handelt, liegt eine Sicherungsmaßnahme vor.

Auf die Einziehung angewandt, erkennen wir, daß diese Maßregel immer dann Präventionsmaßregel sein muß, wenn durch sie ein Uebel für den Täter oder Gehilfen nicht hervorgerufen werden soll und das Bedürfnis und Bewußtsein der Vergeltung nicht vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn es nicht auf die Eigenschaft des Täters oder Teilnehmers als Eigentümer der Sache abgestellt wird, sondern die Einziehung unabhängig von den Eigentumsverhältnissen zulässig ist. Denn wenn es dem Staat gleichgültig ist, wen die Maßnahme trifft, ist begrifflich eine Strafe ausgeschlossen, da die Willensrichtung der Zufügung eines Leidens auf eine bestimmte Person als Ausgleich für ein von ihr begangenes Uebel fehlt. Ist daher im Gesetz bestimmt, daß bei der Einziehung unberücksichtigt bleiben soll, ob der Eigentümer der einzuziehenden Sache an der Straftat, die zur Einziehung führt, beteiligt ist, so ist daraus zu schließen, daß das Gewicht auf den polizeilichen Sicherungszweck zu legen ist. Das ist noch unzweifelhafter in den Fällen, wo nicht einmal das Ermessen des Richters entscheiden soll, sondern die Maßregel zwingend ist, da hier der Sicherungszweck derart ausgeprägt ist, daß sich die demgemäß angeordnete Einziehung ihrer wesentlichen Be-

deutung nach als polizeiliche Sicherungsmaßregel darstellt. Der Gesetzgeber sieht das Verbleiben des Gegenstandes in der Hand des Täters oder im Verkehr überhaupt als so gefährlich an, daß eine Einziehung ungeachtet etwa entgegenstehender Eigentumsverhältnisse zu erfolgen hat. Sein Bedürfnis nach einer Prävention ist hier eben so groß, daß die vorbeugende Maßnahme die Verletzung der Interessen Dritter rechtfertigt und diese sich dem Präventionszweck unterordnen müssen. Auch das Reichsgericht [8]) erblickt in der gesetzlichen Androhung der Einziehung unbeteiligten Dritten gegenüber, die nicht schuldhaft gehandelt haben, das wesentliche, in den Entscheidungen in Bd. 50, S. 389 und Bd. 55, S. 13 sogar das entscheidende Merkmal für das Vorliegen einer Präventionsmaßregel.

Ist der Ausspruch der Einziehung andererseits auf die im Eigentum des Täters oder Teilnehmers stehenden Gegenstände beschränkt, so ist sie Strafe. Die der Einziehung auch dann noch innewohnenden präventiven Tendenzen treten dergestalt zurück, daß sie nur neben dem durch die Beschränkung auf den Schuldigen zum Ausdruck gebrachten Strafwillen wirksam sein sollen. Hier ist eine Prävention für nicht so wesentlich angesehen worden wie die Richtung der Maßnahme auf den Schuldigen durch Berücksichtigung etwa entgegenstehenden Eigentums unbeteiligter Dritter.

Wir erkennen hieraus, daß die Einziehung keineswegs ein einheitliches Institut ist, wie schon von vornherein die Verschiedenheit ihrer Zulässigkeitsvoraussetzungen vermuten ließ. Vielmehr hat sie eine Doppelnatur, sie ist bald Strafe, bald Sicherungsmaßnahme, je nachdem, ob Eigentumsverhältnisse Berücksichtigung finden sollen oder nicht. Eine Untersuchung der Haupteinziehungsfälle des Strafgesetzbuches im einzelnen wird die Richtigkeit dieser Ansicht ergeben.

§ 2.

Die Einziehung des § 40 StGB.

§ 40 StGB läßt die Einziehung solcher Gegenstände zu, die zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind, sofern sie dem Täter oder einem Teilnehmer gehören. An dieser Stelle sei gleich bemerkt, daß eine Behandlung der sog. producta sceleris außer Betracht bleibt, wobei der Ansicht Köbners [9]) nicht gefolgt ist, daß die producta den instrumenta subordiniert seien. Es läßt sich für die von Köbner aufgestellte Präsumption, die dahingeht, daß die producta, weil durch einen Bruch der Rechtsordnung erzeugt, keinen anderen als einen verbrecherischen Gebrauch zuließen, im Gesetz keinen Anhaltspunkt finden, und auch in tatsächlicher Hinsicht erscheint sie nicht begründet.

[8]) RGSt Bd. 46, S. 33.
[9]) S. 11, 67.

Wohl erscheint es möglich, daß ein productum zur Begehung einer neuen Straftat gebraucht werden wird, aber eine zur Annahme der Köbnerschen Präsumption erforderliche Notwendigkeit besteht nicht.

Drei Voraussetzungen müssen für die Zulässigkeit der Einziehung nach § 40 vorliegen:

1. Es muß sich um ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen handeln,
2. die Gegenstände müssen einem Täter oder Teilnehmer gehören,
3. sie müssen zur Begehung von Verbrechen gebraucht oder bestimmt sein.

Aus diesen Voraussetzungen läßt sich entnehmen, daß es sich bei der Einziehung um eine Strafe handelt, denn sämtliche Merkmale einer Strafe sind vorhanden: sie ist nur die Folge einer strafbaren Handlung, wird vom Strafrichter ausgesprochen, wird nur gegen den Schuldigen verhängt und ist gegen dessen Vermögen gerichtet. Die Vertreter eines Präventivcharakters behaupten gleichwohl, daß diese Einschränkungen der Maßregel den sichernden Grundcharakter nicht nehmen könnten: einmal handele es sich nur um solche Gegenstände, die infolge ihres Gebrauchs oder ihrer Bestimmung eine Rechtsgüterverletzung für die Zukunft befürchten ließen [10]), zum anderen sprächen aber die Einschränkungen, nämlich, daß die Gegenstände dem Schuldigen gehören müßten und daß es sich um vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen handeln müsse, nicht gegen einen Präventivcharakter, da sie lediglich zu dem Zweck aufgestellt seien, um eine Ueberspannung der Prävention zu verhindern und berechtigte Interessen unschuldiger Dritter zu schützen [11]).

Für diese Ansicht spricht, daß ein Gegenstand, der seiner Natur nach oder durch einen erfolgten Gebrauch sich für die Begehung einer Straftat als geeignet erwiesen hat, den Täter in die Versuchung führt, ein neues Verbrechen zu begehen. Ferner läßt sich auch die Ansicht halten, daß die Beschränkung auf ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen einem Präventivcharakter nicht widerspricht, da eine Ausdehnung auf fahrlässiges Vergehen und Uebertretungen eine ungerechtfertigte Härte bedeuten würde. Gegen sie spricht aber, daß es unverständlich ist, die Einziehung dann auf Gegenstände zu beschränken, die dem Täter oder einem Teilnehmer gehören, daß es mithin dem Richter untersagt ist, auch in einem Fall berechtigten Präventionsinteresses die Einziehung auszusprechen. Dieses gesetzliche Verbot, Rechte Dritter zu beeinträchtigen, läßt sich eben nur so erklären, daß die Einziehung nicht eine Sicherungsmaßnahme ist, die einen gefährlichen Zustand beseitigen soll, sondern eine Strafe, weil sie nur den Schuldigen treffen kann. Eine polizeiliche Maßnahme liegt nur dann vor, wenn ein ordnungswid-

[10]) Köbner S. 29.
[11]) Rocholl S. 18.

riger Zustand ohne Unterschied des Betroffenen beseitigt wird. Wird aber eine Regelung getroffen, die die Einziehung an die Voraussetzung einer dem Betroffenen zur Last fallenden Verschuldung knüpft, so liegt nicht Prävention, sondern Strafe vor.

Nissen [12]) begründet seine Ansicht der präventiven Natur der Einziehung damit, daß alle Sätze fehlen, die man erwarten dürfte, wenn es sich um eine Strafe handelte, also Bestimmungen über Umwandlung, Vollstreckung, Verjährung, über Wirkung des Todes usw. Das ist richtig, jedoch nicht so schwerwiegend, als daß es die Natur der Einziehung als Strafe erschüttern könnte. Einmal fällt gegenüber dem Erfordernis der Verschuldung und des Vorliegens von vorsätzlichen Verbrechen und Vergehen das Fehlen einer Bestimmung über Verjährung usw. nicht so ins Gewicht, außerdem sind sie aber für den Strafbegriff nicht wesentlich. In diesem Fall kommen dann die allgemeinen Bestimmungen analog zur Anwendung [13]). Auch der Hinweis Köbners [14]) und Nissens [15]), daß eine Anpassung an die mehr oder minder große Schuld nicht stattfinden könne, greift nicht durch, da bei allen absoluten Strafen, zu denen die Einziehung zählt, Abstufungen ausgeschlossen sind, hierin also kein Argument gegen die Strafnatur der Einziehung zu finden ist.

Die Einziehung des § 40 StGB ist daher als Strafe anzusehen, und zwar will sie den Schuldigen nicht schlechthin am Vermögen, sondern durch Entziehung der instrumenta sceleris treffen.

Im § 40 StGB werden die Gegenstände, die zur Einziehung unterliegen, nur ganz allgemein als solche bezeichnet, die zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens gebraucht oder bestimmt sind. In den Bestimmungen des StGB, in denen eine Einziehung sonst noch vorgesehen ist, werden im Unterschied hierzu die einzuziehenden Gegenstände genau charakterisiert. Es muß daher in Bezug auf den § 40 auf Grund der in dieser Bestimmung gegebenen Definition die Art der Gegenstände untersucht werden, die hier betroffen werden.

Der Ausdruck Gegenstände bezeichnet nach allgemeiner Ansicht nur körperliche Sachen, nicht aber Forderungen und Rechte [16]). Es folgt dies aus dem Sprachgebrauch des Strafgesetzbuches, welcher im § 304 Gegenstände und Sachen gleichbedeutend gebraucht, und den Motiven [17]). Bank- und Depositenbücher sind als Beweismittel für die darin bezeichneten Forderungen daher nicht einziehbar. Ferner ergibt sich aus der Fassung des § 40, daß nur einzelne Gegenstände eingezogen werden können, wobei Zubehör das Schicksal der Hauptsache teilt. Eine allgemeine Vermögenseinziehung wie das römische und frühere deutsche Strafrecht, kennt das StGB nicht. Die Maß-

---

[12]) S. 85.
[13]) Vorberg S. 13.
[14]) S. 4.
[15]) S. 85.
[16]) Köbner S. 17, Vorberg S. 78, Ebermayer zu § 40, 4, Olshausen zu § 40, 6 a. M., Rubo S. 394.
[17]) Motive z. Entwurf I, S. 31.

nahme, die auf Grund der §§ 86, 93 StGB erfolgt, ist keine Einziehung, sondern lediglich eine Beschlagnahme zu Sicherungszwecken, die eine Verhinderung der tatsächlichen Verfügungsmacht in sich schließt. Schließlich müssen sich die Gegenstände als instrumenta sceleris kennzeichnen, d. h. sie müssen zur Begehung eines vorsätzlichen Vergehens oder Verbrechens gebraucht oder bestimmt sein. Einziehbar sind daher nur solche Gegenstände, die bei der konkreten Tat wirklich gebraucht worden sind oder zum mindesten gebraucht werden sollten. Es genügt nicht, dem Täter nachzuweisen, daß sie für eine deliktische Verwendung überhaupt bestimmt waren, wenn der Nachweis, daß sie zu einer konkreten Tat gebraucht werden sollten, nicht zu führen ist. Im Rahmen dieser engen Auslegung stellen die Motive auch die Forderung auf, daß nur die zur unmittelbaren Begehung verwendeten Gegenstände eingezogen werden können, nicht aber diejenigen, die bei Verübung einer Straftat zwar gebraucht, aber nicht als unmittelbares Werkzeug zu der strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt gewesen sind [18]). Rubo [19]) formuliert dies so, daß nur die Einziehung von Gegenständen, die unmittelbar zur Begehung, nicht auch die, die nur behufs Begehung gebraucht wurden, zulässig ist. Die Unterscheidung wird durch ein Beispiel verdeutlicht: Der zum verbotenen Angeln benutzte Kahn kann als nur mittelbares instrumentum nicht eingezogen werden. Aus dieser engen Fessel hat sich die Rechtsprechung wenigstens zum Teil befreit, ohne den Gesichtspunkt der Strafe aus dem Auge zu verlieren. So hat sich das Reichsgericht dahin ausgesprochen, daß eine Bestimmung für die späteren, unselbständigen Akte genüge, selbst wenn diese unterblieben sind, sofern nur vorher die in Fortsetzungszusammenhang stehenden früheren Akte begangen sind. Denn die Bestimmung zur Begehung einer fortgesetzten einheitlichen Straftat sei dadurch noch nicht aufgehoben, daß der Gegenstand bisher noch nicht verwendet worden sei [20]). Von dem Erfordernis der Bestimmung kann freilich nicht abgegangen werden. Mithin sind Gegenstände, die nur zur Vorbereitung einer Straftat dienen, und die, die nach ihrem Abschluß zur Sicherung ihrer Folgen dienen, nicht einziehbar, es sei denn, daß die letztere Tätigkeit sich als selbständige Straftat darstellt (z. B. Begünstigung).

§ 3.

Die sog. unterschiedslose Einziehung.

Zu einem anderen Ergebnis als bei § 40 StGB hinsichtlich der rechtlichen Natur der Einziehung muß man bei der sog. unterschiedslosen Einziehung von instrumenta sceleris kommen, die in den §§ 152, 295, 296a, 360, 367 und im Gesetz gegen gefährliche Ge-

[18]) Motive zum ersten Entwurf zum RStGB, S. 60.
[19]) S. 395.
[20]) RGSt Bd. 40, S. 362, Bd. 42, S. 316, Bd. 52, S. 322.

wohnheitsverbrecher vom 24. 11. 33 vorgesehen ist. Die Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit sind von denen des § 40 insofern verschieden, als sie in allen diesen Fällen unterschiedslos, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob die Person, der die Gegenstände gehören, zu der Tat in Beziehung steht, vorgeschrieben ist. Damit entfällt ein Argument, das bei der Bestimmung der Natur der Einziehung auf Grund des § 40 von wesentlicher Bedeutung war. Ferner unterscheidet sich die unterschiedslose Einziehung von der des § 40 auch dadurch, daß sie teilweise bei Uebertretungen zulässig ist, teilweise die Verhängung der Maßnahme zwingend vorgeschrieben ist, also nicht in das Ermessen des Richters gestellt ist.

Will man die rechtliche Natur der unterschiedslosen Einziehung bestimmen, so wird man in erster Linie nach den Gründen forschen müssen, die eine Abweichung von den Voraussetzungen des § 40 tunlich erscheinen ließen. Sie sind darin zu sehen, daß infolge der Gemeingefährlichkeit dieser Gegenstände eine Einziehung bei jeder Person geboten erschien, wie bei den im § 152 aufgeführten Siegeln, Stichen und Platten und bei den im § 367 aufgeführten gefährlichen Werkzeugen, oder wo dies geboten erschien wegen des über das Regelmaß hinausgehenden Schutzbedürfnisses eines Gutes, wie bei dem Jagdrecht. (§ 295 StGB.) In diesen Fällen bedeuten die Gegenstände in der Hand jedes Täters, auch wenn er nicht Eigentümer ist, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, für Verkehr und Rechtsfrieden. Zweck der Maßnahme ist hier allein Beseitigung des ordnungswidrigen Zustandes und Vorbeugung der Begehung einer neuen Straftat, die bei Belassung dieser Gegenstände kraft ihrer Beschaffenheit mit Sicherheit zu erwarten ist, nicht aber Bestrafung des Täters. Die unterschiedslose Einziehung ist und kann daher in dem Fall, wo der Täter und Eigentümer verschiedene Personen sind, nur eine Sicherungsmaßnahme sein. Die den Täter treffende Schadensersatzpflicht, d. h. der obligatorische Anspruch des Eigentümers gegen den Täter auf Ausgleich des durch die Einziehung erwachsenen Schadens ändert hieran nichts, da sie nur zivilrechtlicher Natur ist und sich nicht als ein vom Staat für den Täter gewolltes Uebel darstellt, sich überdies auch in den meisten Fällen wegen Mittellosigkeit des Täters als illusorisch herausstellen wird[21]). Die unterschiedlose Einziehung ist aber auch Sicherungsmaßnahme, wenn der Täter selbst der Eigentümer ist. Auch hier werden die Gegenstände lediglich aus Präventionsgründen, nämlich aus denselben Gründen wie oben eingezogen, nicht um den Täter und Eigentümer zu strafen, sondern um den Verkehr zu schützen, wobei die Eigentumsverhältnisse, gemessen an den Interessen der Gesellschaft, als unerheblich in den Hintergrund treten und deshalb auch gar nicht geprüft werden. Infolgedessen ist die im Anschluß an die Oetkersche „Lehre von der kriminellen Haftung Dritter" von Vorberg[22]) auf die unterschiedslose Einziehung angewandte „Täter-

[21]) Francke S. 21, Glücksmann S. 17.
[22]) S. 93.

garantenschaft" abzulehnen. Oetker[23]) vertritt die Ansicht, daß der Gesetzgeber bestimmten Schädigungen am besten vorzubeugen glaubte, wenn er unter gewissen Voraussetzungen neben den möglichen Tätern und Teilnehmern bestimmte andere Personen an dem Unterbleiben von Handlungen interessierte, indem er ihnen Rechtsfolgen in Aussicht stellte, wenn jene Handlungen geschehen. Vorberg kommt daher zu dem Schluß, daß die unterschiedslose Einziehung poenalen Charakter trage, da die Maßregel bei Eigentum eines Dritten tatsächlich Haftung eines Dritten darstelle. Diese Theorie widerspricht dem herrschenden Rechtsgefühl, das eine Strafe ohne Schuld nicht zuläßt. Eine Abweichung von diesem Grundsatz, der in dem Strafgesetzbuch ausnahmslos durchgeführt ist, ist ohne klare gesetzliche Sanktion abzulehnen. Darüber hinaus erscheint aber eine derartige Hilfskonstruktion für die Feststellung der rechtlichen Natur nicht erforderlich, da ihre Erklärung mit einem notwendigen Päventionsinteresse ausreichend gegeben ist.

§ 4.

Die Einziehung bei Jagdvergehen.

Von den Einziehungsfällen des besonderen Teils des Strafgesetzbuches soll die Einziehung von Gegenständen, die bei Jagdvergehen gebraucht worden sind, noch untersucht werden. Die alte Fassung des § 295 hatte zu Streitfragen Anlaß gegeben und in ihrer praktischen Anwendung Mängel aufgewiesen, die eine Neufassung besonders erwünscht erscheinen ließen. Durch Gesetz vom 28. 6. 1935 wurden daher die Vorschriften über Jagdwilderei neu gefaßt. Aus einer Gegenüberstellung der alten und neuen Fassung lassen sich die erheblichen praktischen Unterschiede deutlich feststellen.

Bei der Einziehung des § 295 a. F. handelte es sich um eine sog. unterschiedslose Einziehung, da sie das Gesetz nicht davon abhängig machte, daß der Täter auch der Eigentümer der Einziehungsgegenstände war. Schwierigkeiten erhoben sich nun bei der Entscheidung, ob eine Einziehung stattfinden sollte, wenn ein wegen Jagdvergehens Verurteilter auf rechtmäßige Art und Weise in den Besitz eines ihm nicht gehörigen Gewehres gelangt war und der Eigentümer auch der Jagdberechtigte war, oder wenn jemand des qualifizierten Jagdvergehens schuldig und nach § 293 a. F. (§ 292 II) zu bestrafen war und der Jagdberechtigte auch der Eigentümer des Gewehres war. Im Gesetz waren diese Fälle nicht geregelt, und die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft war zu widersprechenden Ergebnissen gekommen[24]). Nach richtiger Ansicht ließ sich eine Entscheidung nur

---

[22]) S. 37.

[24]) Vgl. hierzu: Binding, Lehrb. I, § 82 VII A 8c Nr. 2; Köbner, S. 35; Schwabe in Goltd. Arch., Bd. 60, S. 403; RGSt Bd. 18, S. 43; Liszt S. 459, Anm. 10.

dahin treffen, daß eine Einziehung auszusprechen war, da eine mildere Auslegung eine Deutung contra legem gewesen wäre und „ohne Bruch mit jedem lebendigen Rechtsgefühl sich aus der absoluten Fassung des § 295 (a. F.) andere Folgerungen nicht ziehen lassen." [25]) Zweifelhaft war auch, ob auf Einziehung erkannt werden konnte, wenn der einzuziehende Gegenstand durch eine strafbare Handlung erlangt worden war, oder wenn der Einziehung andere, gesetzliche Bestimmungen entgegenstanden. Das wäre der Fall, wenn ein Wilderer mit einem gestohlenen Gewehr ein Jagdvergehen begangen hätte. Die Schuldvermutung des Eigentümers war trotz klarer Sachlage nicht zu entkräften, eine Einziehung hätte daher stattfinden müssen. Bedenken ergaben sich daraus, daß hier die Bestimmung des § 111 StPO Platz greift, wonach „Gegenstände, die durch die strafbare Handlung dem Verletzten entzogen wurden, nach Beendigung der Untersuchung und geeigneten Falles schon vorher von Amts wegen dem Verletzten zurückzugeben sind, ohne daß es eines Urteils hierüber bedarf."

Auf eine Entscheidung dieser Fragen [26]) soll hier nicht eingegangen werden, da sie durch die Neufassung des § 295 ausgeräumt sind. Die Fülle der Streitfragen ist aber ein deutlicher Beweis für die Lückenhaftigkeit der Bestimmung des § 295 a. F. und die Neufassung entsprach daher einem dringenden Bedürfnis.

Auch nach dem jetzt geltenden § 295 bleibt die Maßnahme zwingend. Sie bildet einen Sonderfall der Einziehung nach § 40, der ergänzend auch für die Jagd- und Fischwilderei maßgebend bleibt. Sie ist ebenfalls unterschiedslos zu erkennen, denn das Eigentum des Täters oder eines Teilnehmers an den einzuziehenden Gegenständen wird nicht gefordert. Jedoch ermöglicht Absatz II der Bestimmung einen billigen Ausgleich. Es kann demnach von der Einziehung abgesehen werden, wenn die Sachen ohne Schuld des Eigentümers zur Tat benutzt worden sind, oder die Einziehung eine unbillige Härte bedeuten würde. Hierin liegt der wesentliche Unterschied zu der Einziehung auf Grund der alten Fassung. Denn diese Möglichkeit, unbilligen und nicht gerechtfertigten Ergebnissen aus dem Wege zu gehen, bestand bei ihr nicht. Hier mußte bei Vorliegen der Voraussetzungen die Einziehung angeordnet werden, auch wenn ein Präventionsbedürfnis nach den obwaltenden Umständen nicht gegeben war. Jetzt kann der Richter diese Umstände berücksichtigen und bei Schuldlosigkeit des Eigentümers oder einer für ihn durch die Einziehung bewirkten, durch das Präventionsbedürfnis nicht bedingten Härte von der Einziehung absehen.

---

[25]) Nagler in Vergl. Darst., Bd. 8, S. 480.

[26]) Vgl. hierzu: Liszt S. 463; Schwabe in Goltd. Arch., Bd. 60, S. 397; Jahrbuch der preuß. Forst- und Jagdgesetzgebung und Verwaltung, Bd. 21, S. 14; RGSt Bd. 21, S. 19; Bd. 30, S. 413; Bd. 37, S. 15.

§ 5.

Versuch und Eigentumsübergang.

Besondere Schwierigkeiten hat die Frage ergeben, ob eine Einziehung auch dann zulässig ist, wenn eine strafbare Handlung nicht zur Vollendung gekommen ist, sondern schon im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Geht man von der Erwägung aus, daß die Gefährlichkeit des Täters und des Mittels sich bereits durch den Versuch der Begehung einer strafbaren Handlung erwiesen hat, müßte eine Einziehung aus Präventionsgründen als zulässig zu erachten sein. Dem steht jedoch entgegen, daß die Einziehung des § 40 ihrer rechtlichen Natur nach als Strafe anzusehen ist und ferner, daß ein Versuch nur dann eine Einziehung rechtfertigen könnte, wenn er seinerseits ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen darstellt, da dies von § 40 ausdrücklich gefordert wird. Bejaht man mit der herrschenden Lehre diese Frage, kann auch bei strafbarem Versuch auf Einziehung erkannt werden. Anders bei straflosem Versuch. Da er kein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen darstellt und daher auch kein Täter oder Teilnehmer vorhanden ist, kann eine Einziehung nicht vorgenommen werden [27]). Wenn Binding und das Reichsgericht [28]) trotzdem hier eine Einziehung für zulässig erklären, so spricht dagegen, daß der Täter eines straflosen Versuchs nicht bestraft werden kann, da die Einziehung des § 40 — auch nach Ansicht des Reichsgerichts — eine Strafe ist. Eine Nebenstrafe ohne Verhängung einer Hauptstrafe ist überdies nicht denkbar. Erst recht sind Gegenstände, die mit Vorbereitungshandlungen in Zusammenhang stehen, nicht einziehbar, es sei denn, daß sie durch § 49a StGB selbständig unter Strafe gestellt sind.

Bei der unterschiedslosen Einziehung ist sogar eine Einziehung beim strafbaren Versuch unzulässig. Diese Feststellung scheint auf den ersten Blick unrichtig zu sein, da die unterschiedslose Einziehung Präventionsmaßnahme ist und daher bei Vorliegen eines Sicherungsinteresses zulässig sein müßte. Jedoch steht dem die ausdrückliche Bestimmung des § 45 StGB in Verbindung mit § 44 StGB entgegen, aus der hervorgeht, daß andere Nebenstrafen als Ehrverlust und Polizeiaufsicht beim Vorliegen eines Versuchs ohne generelle oder spezielle Vorschrift im Gesetz nicht verhängt werden dürfen. Da eine solche im Gesetz nicht gegeben ist, ist die Einziehung, selbst beim strafbaren Versuch, ausgeschlossen [29]). Eine Einziehung im sog. objektiven Verfahren, an die man nun denken könnte, um hier Abhilfe zu schaffen, ist aber nicht statthaft, da kein Fall des § 40 vorliegt und darüber hinaus auch kein Strafanspruch gegeben ist, also das „unausführbar" der Verfolgung oder Verurteilung nicht gegeben ist.

---

[27]) Gl. A. Kohler S. 586, Schötensack S. 9, Köbner S. 11, Tolkiemit S. 39.
[28]) Grundriß S. 260, RGSt Bd. 36, S. 145, Bd. 49, S. 208.
[29]) Seeler S. 75.

Auch die Frage über den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges der eingezogenen Gegenstände und damit der Vollstreckung des Einziehungsurteils beantwortet das Strafgesetzbuch nicht. In § 40 Abs. 2 ist lediglich gesagt: „Die Einziehung ist im Urteil auszusprechen." Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß ein Verhängen der Einziehung in einem Nachtragsurteil unzulässig ist, wenn der Ausspruch in dem Urteil, in dem auf die Hauptstrafe erkannt wurde, versäumt worden ist [30]). Ueber den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges ist damit aber noch keine Regelung getroffen. Vier Fälle des Zeitpunktes des Eigentumsüberganges sind denkbar:

1. Das Eigentum geht sofort mit der Begehung des Delikts über. Das Urteil hat nur deklaratorische Bedeutung. Da jedoch in verschiedenen Fällen die Einziehung fakultativ ist, d. h. der Richter auf Einziehung erkennt, aber auch die Möglichkeit gegeben ist, daß er auf Einziehung nicht erkennt, kann das Eigentum nicht mit Begehung übergehen. Wenn die Einziehung im Ermessen des Gerichts steht, kann kein Eigentumsübergang von Rechts wegen erfolgen. Auch wenn die Einziehung vorgeschrieben ist, liegt ein Grund für eine abweichende Behandlung nicht vor.
2. Der Eigentumsübergang erfolgt mit der Beschlagnahme des Gegenstandes. Hiergegen spricht, daß die Einziehung durch eine Beschlagnahme nicht bedingt ist, denn auch ohne Beschlagnahme kann der Richter auf Einziehung erkennen. Vielmehr ist die Beschlagnahme nur eine vorläufige Sicherungsmaßnahme, die auf die Eigentumsverhältnisse keinen Einfluß hat.
3. Das Eigentum geht mit Rechtskraft des Urteils über. Nach herrschender Ansicht geht das Eigentum mit dem Augenblick des Rechtskräftigwerdens des Urteils über [31]). Die Gegenansicht läßt mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft das Eigentum rückwirkend zu dem Zeitpunkt der Tat übergehen [32]).

Der herrschenden Ansicht ist beizustimmen. Nach dem Urteilsspruch soll auf Grund der Verhandlung, die das Delikt und die Tatsache der Benutzung oder Bestimmung des Werkzeugs erwiesen hat, der Fiskus das Eigentum an dem Gegenstand erhalten. Durch den Ausspruch des Urteils wird der Anspruch des Fiskus für begründet erklärt. Maßgeblich für den Zeitpunkt des Eigentumsüberganges aber ist der Zeitpunkt der Rechtskraft deshalb, weil wegen der möglichen Einlegung von Rechtsmitteln eine andere Entscheidung ergehen kann. Diese Wirkung erfolgt ex nunc, da für eine Wirkung ex tunc, also für eine Zurückbeziehung des Eigentumsüberganges auf den Zeitpunkt der Tat, keine begründete Veranlassung

---

30) Köbner S. 42, Tolkiemit S. 39.
31) Köbner S. 60, Friedländer S. 70, Kohler S. 915.
32) Vorberg S. 111.

besteht, auch die analoge Anwendung des § 335 StGB ohne innere Beziehung zur Sache steht und daher nicht einleuchtet.

4. Das Eigentum geht nach Rechtskraft über mit der Besitzergreifung durch den Fiskus[33]). Das Eigentum geht mithin in den Formen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs über.

Diese Ansicht hat jedoch keinen Anhalt im Gesetz und ist überdies mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 156 d. Ver. Zollges. vom 1. 7. 1869 im Wege eines argumentum e contrario widerlegt[34]), denn nach ihm geht das Eigentum der Gegenstände, die der Konfiskation unterliegen, in dem Augenblick über, wo sie in Beschlag genommen werden.

§ 6.

Die Unbrauchbarmachung.

Auch bei der Unbrauchbarmachung (§ 41 StGB) herrscht Streit, ob sie Strafe oder Sicherungsmaßnahme ist. Als Strafe wird sie angesehen von Binding, Handbuch S. 496 — Grundriß S. 262, Oppenhoff, S. 85: „Die Unbrauchbarmachung ist Strafe. Sie ist, wie die Einziehung, nicht Vermögensstrafe, sondern als zur Sicherung des Strafzwecks, insbesondere zur Verhütung fernerer strafbarer Handlungen dienende Nebenstrafe aufzufassen." Glücksmann, S. 8 und 19, gibt zwar ein Ueberwiegen des Präventivzweckes zu, sagt aber weiter, daß dies der Unbrauchbarmachung nicht den Strafcharakter nehme.

Ebermayer zu § 41,1, Frank, S. 75, Olshausen zu § 41,1, Hälschner, S. 636, halten die Unbrauchbarmachung immer für eine Verwaltungsmaßregel. Frank: „Da sich die Unbrauchbarmachung ganz allgemein gegen unbeteiligte Personen wenden kann, so ist ihr Zweck nicht darin zu sehen, daß dem Schuldigen ein Uebel auferlegt werden soll. Damit aber scheidet sie aus dem Bereich der Strafe aus und tritt in die Reihe der polizeilichen Sicherungsmaßregeln ein." Ebermayer: „Die Unbrauchbarmachung ist keine Strafe, denn sie kann den Unschuldigen treffen. Sie richtet sich gegen alle diejenigen, die in der Lage sind, die Verbreitung der Schrift herbeizuführen oder daran mitzuwirken und nur gegen diese und will also vorbeugend diese Verbreitung verhindern."

Eine dritte Ansicht sieht in ihr bald eine Strafe, bald eine Verwaltungsmaßregel. Oetker[35]) als Begründer der Theorie sagt, die Unbrauchbarmachung sei eine dem Schuldigen gegenüber zu erkennende Nebenstrafe am Vermögen, soweit aber der Besitzer der unbrauchbar zu machenden Exemplare nicht in Betracht kommt, streife die Maßnahme Strafcharakter ab und nehme polizeiliche Natur an.

---

[33]) Frank zu § 40, 3, Francke S. 21, RGSt Bd. 21, S. 54.
[34]) Eichmann S. 61.
[35]) Gerichtssaal Bd. 92, S. 38.

Herschel sagt: „Solange auf den Vorsatz bei der Verhängung Rücksicht genommen wird, solange nur Täter und Teilnehmer durch sie betroffen werden, ist das poenale Element ausschlaggebend. Wird aber hierauf kein Gewicht mehr gelegt, so treten etwaige Präventivrücksichten, die sich schon vorher neben dem Strafzweck geltend machten, in den Vordergrund, und aus der Nebenstrafe mit sicherheitspolizeilicher Tendenz wird eine Präventivmaßregel mit strafrechtlichem Nebencharakter.“ [36])

Vom Reichsgericht werden alle drei der vorstehenden Ansichten vertreten: In Bd. 5, S. 104, soll sie Nebenstrafe oder Sicherungsmaßnahme sein, in Bd. 8, S. 401, wird ihr präventiver Charakter beigelegt, nach Bd. 11, S. 122, ist sie Nebenstrafe.

Bei der Entscheidung darüber, ob die Unbrauchbarmachung Strafe oder Verwaltungsmaßnahme ist, sind die gleichen Erwägungen anzustellen, die schon bei der Einziehung eine Rolle gespielt haben: Wie unterscheiden sich Sicherungsmaßregel und Strafe im allgemeinen und welcher Art sind die Merkmale, an denen zu erkennen ist, welche rechtliche Natur der Unbrauchbarmachung eigen ist. Auch hier ist wieder zu fragen: Wird die Unbrauchbarmachung nach dem Vergeltungsgrundsatz verhängt, hat der Gesetzgeber den Willen, dem Betroffenen ein Uebel zuzufügen, oder ist sie eine reine Nebenfolge der Tat, die neben der eigentlichen Strafe als Schutzmaßnahme nach dem objektiven Maß der Gefährdung verhängt wird?

Die Entscheidung erscheint hier wesentlich leichter als bei der uneinheitlichen Einziehung. Die Unbrauchbarmachung ist als Präventionsmaßnahme anzusehen, weil sie sich nicht notwendig gegen den Täter richtet und nicht vergelten will. Sie wird vom Staat nicht aus Autoritätsgefühl heraus verhängt, denn dem ist durch die Bestrafung schon Genüge getan, sondern will Unterdrückung des durch seinen Inhalt gegen die Rechtsordnung verstoßenden Geistesprodukts zum Schutze der Zukunft vor weiteren und vor dem Fortwirken des begangenen Delikts. Aus dem Personenkreis des § 41 Abs. 2 geht deutlich hervor, daß es auf die Person des Schuldigen nicht ankommt. Getroffen wird nur derjenige, bei dem die Gefahr der Weiterverbreitung am größten ist. Weiter wird diese Absicht noch dadurch gestützt, daß es auf das Eigentum nicht ankommt, sondern der Besitz allein maßgeblich ist. Die Zufügung eines Uebels durch Entziehung des Eigentums ist also eine Erwägung, die bei der Unbrauchbarmachung völlig unerheblich ist. Auch der Umfang der unbrauchbar zu machenden fertigen Exemplare richtet sich nach präventiven Gesichtspunkten. Es sollen alle jene Exemplare unbrauchbar gemacht werden, die durch ihre äußere Beziehung die Gefahr der allgemeinen Verbreitung des Inhalts in sich tragen. Die Maßregel ist aber nur soweit auszudehnen, als diesem Zweck genügt wird. Es wird daher in allen Fällen, wo sich der strafbare Inhalt nur auf

---

[36]) Herschel S. 23, gl. A.: Schötensack S. 7, Liszt S. 250.

einzelne Teile bezieht und eine Ausscheidung möglich ist, die Unbrauchbarmachung auf diese Teile beschränkt, damit die Präventivmaßregel die Grenzen des Zwecks nicht überschreitet. Es soll eine unnötige Materialverschwendung und damit ein Schaden für den Getroffenen vermieden werden, sofern nur eine technische Ausscheidung möglich ist, wobei aber bedeutungslos bleibt, ob nunmehr die Stücke mit dem übrigbleibenden, nicht zerstörten Teil verwendungsfähig bleiben. Wäre die Unbrauchbarmachung Strafe, hätte der Gesetzgeber sicher nicht die Möglichkeit einer teilweisen Unbrauchbarkeit vorgesehen.

Dieser Präventivcharakter wird der Unbrauchbarmachung auch dann nicht genommen, wenn sie tatsächlich den Täter oder einen Teilnehmer trifft. Die Eigenschaft als Eigentümer ist hierbei ganz unerheblich, denn er wird nicht als solcher getroffen, sondern die Maßregel würde auch verhängt worden sein, wenn er nicht Eigentümer wäre. Denkbar ist im übrigen auch, daß ihm gehörige Sachen nicht eingezogen werden können, weil sie nicht im Besitz der im Abs. 2 genannten Personen sind. Ist also der Täter auch der Eigentümer, so handelt es sich dennoch nicht um eine Strafe, weil sich in diesen Fällen das dem Betroffenen zugefügte Uebel nur als eine unbeabsichtigte und unvermeidliche Nebenfolge der lediglich als Vorbeugungsmittel dienenden Maßnahme charakterisiert. Durch die richterliche Zuständigkeit büßt sie ihren polizeilichen Charakter nicht ein. Auch hier sind wie bei der Einziehung Zweckmäßigkeitsrücksichten maßgebend gewesen, da sie eine strafbare Handlung zur Voraussetzung hat, und der Strafrichter, da er diese selbst feststellt und bestraft, am besten in der Lage ist, die Unbrauchbarmachung auszusprechen.

Als Gegenstand der Unbrauchbarmachung kommen Schriften, Abbildungen und Darstellungen in Betracht. Man versteht unter ihnen Verkörperungen eines Gedankeninhalts, die von selbst und ohne weiteres auf den menschlichen Geist wirken und die in ihnen verkörperten Gedanken im Geist eines Dritten dadurch hervorbringen. Aus §§ 85, 110 StGB folgt, daß der umfassende Begriff der der Darstellungen ist, und auch die Schriften und Abbildungen einschließt.

Sachlich ist der Umfang der Darstellungen weit auszulegen. Sie sind weder auf Presseerzeugnisse, noch auf mechanisch vervielfältigte Produkte oder auf Gegenstände von einer bestimmten Beschaffenheit zu beschränken. Infolgedessen unterliegen der Unbrauchbarmachung auch Handstickereien, Schriften in Blindenschrift und Plastiken. Auch durch Grammophon erzeugte Töne (unzüchtige Lieder) fallen unter den Begriff der Darstellung, ebenso wie auch Filme.

Besonders gefährdend sind die im § 41 weiter aufgeführten Platten und Formen. Gerade sie sind es, die einmal die dauernde Gefahr der Vervielfältigung von Schriften strafbaren Inhalts in sich bergen. Es genügt bei dem heutigen Stand der Technik nicht, die fertigen Erzeugnisse zu vernichten, sondern es ist, um den gewollten

Zweck, einer Wiederholung der strafbaren Handlung durch erneute Vervielfältigung vorzubeugen, zu erreichen, unbedingt erforderlich, auch die hierzu benötigten und verwendeten technischen Hilfsmittel zu beseitigen. Es genügt dabei, daß die Platten und Formen für Erzeugnisse strafbaren Inhalts bestimmt sind, es ist mithin nicht erforderlich, daß solche schon hervorgebracht sein müssen, gleichgültig, ob das Exemplar, dessentwegen gestraft wird, durch sie hergestellt ist, wenn nur ein ebensolches Exemplar mit diesem strafbaren Inhalt vervielfältigt werden sollte.

Rein gegenständlich ist der Begriff der Platten und Formen nicht zu eng zu fassen, was im Interesse der Prävention geboten ist und im übrigen auch aus der allgemeinen Fassung des § 41 hervorgeht. Sie brauchen daher nicht unmittelbar zur Herstellung des Erzeugnisses dienen, sondern es genügt schon, daß sie zur Herstellung von Zwischenerzeugnissen, mit denen erst das Enderzeugnis gewonnen wird, bestimmt sind, sofern sie nur ein Glied in der Herstellungskette sind. In den Kreis der Platten und Formen sind neben Druckplatten auch Photonegative und Filme (für die durch die Lichtquelle vergrößerten Bilder) und Grammophonplatten und Walzen zu rechnen. Bei den letzteren hat sich das Reichsgericht in der Entscheidung in Bd. 47, S. 224 und S. 407, nach Ablehnung der Entscheidung im Bd. 46, S. 391, auf den Standpunkt gestellt, daß die Einritzungen auf der Platte Schriften oder zum mindesten Darstellungen sind. Jedoch erscheint diese Ansicht nicht zutreffend, da die Platte einen Gedankeninhalt selbst nicht darstellt oder als solche den entsprechenden Gedankeninhalt nicht anregen könnte. Die Platte für sich selbst genommen drückt nichts aus, erst in Verbindung mit der Apparatur des Grammophons, im Zusammenwirken seiner verschiedenen Teile mit der Platte wird die Darstellung erzeugt und verständlich. Da aber die durch sie erzeugten Töne und Sprache als Darstellung anzusehen sind, ist eine Unbrauchbarmachung der Grammophonplatten als unter den Begriff der Formen oder Platten fallend gegeben.

Weiterhin ist bei der sog. relativen Unzüchtigkeit eine Unbrauchbarmachung der Platten möglich. Das Reichsgericht hat hier folgenden Fall im Sinne der Zulässigkeit der Unbrauchbarmachung entschieden: Auch wenn die Platte sowohl zur Herstellung von Bildern in Postkartenformat als von Bildern in anderem Format geeignet ist, und nur soweit Postkartenformat in Betracht kommt, als unzüchtig erklärt ist, kann sie unbrauchbar gemacht werden[37]).

Begrenzt ist die Maßnahme der Unbrauchbarmachung durch einen Rahmen, der sich aus der objektiven Gefährlichkeit der Gegenstände in ihrer Beziehung zu bestimmten Personen ergibt, die es als wahrscheinlich erscheinen lassen, daß eine Weiterverbreitung ihres strafbaren Inhalts stattfindet. Das Gesetz hat es mit Recht für tunlich angesehen, den Personenkreis im einzelnen zu umreißen. Es nennt

[37]) RGSt in Dtsch. Jur. Z. 1910, S. 1467.

den Verfasser, Drucker, Verleger, Herausgeber und Buchhändler als solche Personen. Sinngemäß ist unter Drucker nur der verantwortliche Leiter einer Druckerei zu verstehen, da das Druckpersonal als nur ausführende Angestellte auf die Art der Erzeugnisse keinen Einfluß hat und auf Anweisung des Leiters handelt. Unter Herausgeber ist zu verstehen, wer das Erscheinen einer Druckschrift bewirkt, wobei der Begriff des Schriftleiters als Herausgebers einer periodischen Druckschrift mit einzubeziehen ist. Der Verleger und der Buchhändler besorgen den Vertrieb der Schrift und machen sie der Oeffentlichkeit in weitem Umfang zugänglich. In allen diesen Fällen wird eine Gefahr für die Oeffentlichkeit angenommen, wenn die vorgenannten Personen die Schriften oder Platten usw. im Besitz haben. Ihr soll die Unbrauchbarmachung vorbeugen. Maßgebend ist also der Besitz, nicht das Eigentum. Dem Richter wird dadurch der oft sehr schwierige Nachweis des Eigentums erspart und ferner wird die Maßregel in den dem Sicherungszweck dienenden Grenzen gehalten. Andernfalls wären Fälle denkbar, wo der ungefährliche Besitzer, der infolge irgendwelcher Umstände noch nicht Eigentümer geworden ist, von der Unbrauchbarmachung betroffen würde, obwohl bei ihm die Gefahr der Verbreitung nicht bestand, nur weil der Eigentümer den im Abs. 2 genannten Personen angehört. Aber auch eine Vereitelung der Unbrauchbarmachung durch absichtliche Verwirrung der Eigentumsverhältnisse hätte eintreten können, wollte man allein das Eigentum als maßgeblich ansehen.

Die in diesem Zusammenhang sehr umstrittene Frage, ob Besitz im zivilrechtlichen Sinne oder als strafrechtlicher Gewahrsam aufzufassen ist, ist im ersteren Sinne zu entscheiden. Im Interesse einer wirksamen Prävention empfiehlt sich eine weitere Auslegung des Besitzbegriffes, die allein unliebsame Folgen vermeiden läßt. Liszt [38]) sieht zwar den Besitz als Gewahrsam an mit der Begründung, daß im Strafgesetzbuch Besitz immer Gewahrsam meine. Jedoch kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden, da sie den tatsächlichen Erfordernissen nicht gerecht zu werden vermag. Sonst müßte man im Falle des Postversands von Exemplaren, die dem Empfänger noch nicht ausgehändigt sind, oder in dem Fall, wo der Händler seinen Kunden Exemplare zur Ansicht geschickt hat, eine Unbrauchbarmachung nicht mehr zulassen, ein unmögliches Ergebnis, da hier die Gefahr der Weiterverbreitung noch im letzten Augenblick verhütet werden kann. Auch bei der Verschiebung an einen Dritten, wo z. B. der Drucker die Stücke unter Beibehaltung des mittelbaren Besitzes weitergibt, offensichtlich, um die Unbrauchbarmachung zu vereiteln, ist unbedingt notwendig, daß die Unbrauchbarmachung vorgenommen wird, wollte man die Maßnahme nicht illusorisch machen, und es bleibt daher die Auslegung des Besitzes in obigem Sinne als allein mögliche und gewollte übrig. Zu bemerken ist noch, daß als Besitz nur der Besitz einer der im Abs. 2 genannten Personen in ihrer Eigenschaft als Verbreitungsorgan gilt, daß also der Besitz als Privat-

[38]) Lehrbuch S. 225.

mann, in seiner Bibliothek oder als Sammler, eine Unbrauchbarmachung ausschließt.

Die Unbrauchbarmachung ist ferner auszusprechen, wenn es sich um öffentlich ausgelegte oder öffentlich angebotene Exemplare handelt. Das liegt vor, wenn sie dem Publikum oder einem größeren durch persönliche Beziehungen nicht verbundenen Personenkreise zugänglich sind.

Sowohl die Vorschriften des Reichspressegesetzes wie die des § 41 zielen darauf, zugleich mit der Verfolgung des Verfassers usw. der Darstellung selbst entgegenzutreten, weil schon deren Vorhandensein die Möglichkeit zu immer neuer Verbreitung und Verwirklichung der Straftat gibt[39]). Es genügt daher die nur objektive Strafbarkeit des Inhalts zur Erkennung der Unbrauchbarmachung. Das folgt aus der Natur als polizeiliches Sicherungsmittel und aus dem Wortlaut des Gesetzes, das nur von „Strafbarkeit des Inhalts" spricht. Die Unbrauchbarmachung wird nicht verhängt als Vergeltung für schuldhaftes Tun, sondern es sollen gefährliche Folgen einer Handlung, die nach der objektiven Seite eine strafbare wäre, beseitigt werden. Diese Gefährdung besteht aber, gleich ob sie schuldig oder unschuldig hervorgerufen worden ist. Sie kann deshalb ausgesprochen werden beim Vorliegen subjektiver Entschuldigungsgründe und auch neben Freispruch des unschuldigen Täters oder neben Einstellung wegen Verjährung. Die Strafbarkeit selbst liegt nicht allein im Fixieren des Inhalts, sondern es muß eine Handlung dazu kommen, die ihn der Außenwelt zugänglich macht, ohne daß hierin durchaus ein „Verbreiten" zu liegen braucht.

Die Unbrauchbarmachung ist im Urteil auszusprechen. Das bedeutet einmal, daß sie von Amts wegen auszusprechen ist, und zweitens, daß eine Nachtragsentscheidung, ebenso wie bei der Einziehung, unzulässig ist. Es darf also auch nicht das objektive Verfahren dazu mißbraucht werden, ein Uebersehen der Anordnung dieser Maßnahme nachzuholen. Mit dem Urteil ist daher die Gelegenheit der Erkennung der Unbrauchbarmachung, vorausgesetzt, daß die sachliche Möglichkeit dazu bestand, erschöpft.

Was das Verhältnis von Einziehung und Unbrauchbarmachung anbetrifft, geht eine Ansicht dahin, daß die Unbrauchbarmachung eine Unterart der Einziehung sei, die sich begrifflich von dieser nicht unterscheide. Zur Begründung führt sie an, der Wortlaut der Motive zu § 41 lasse erkennen, daß der einzige Unterschied dieser Maßregeln in der Art der Vollstreckung bestehe. Die Unbrauchbarmachung sei nur eine mildere Art der Vollstreckung der Einziehung, die aber auch eine Einziehung erfordere. Auch sei darin eine endgültige Wegnahme zu sehen, da der Gegenstand nach seiner Entformung als ein rechtlich anderer zurückgegeben werde. Deshalb sei bei der Unbrauchbarmachung immer Eigentumsübergang gegeben.[40]) Die Gegenansicht verweist darauf, daß das der Einziehung

[39]) RGSt Bd. 66, S. 148.

[40]) Köbner S. 23, Nissen S. 97.

wesentliche Charakteristikum bei denjenigen Bestimmungen fehle, welche die Einziehung lediglich zum Zwecke der Unbrauchbarmachung vorschreiben. Die Unbrauchbarmachung habe keinen Eigentumsübergang an den Staat zur Folge, ließe vielmehr die Eigentumsverhältnisse an den betreffenden Gegenständen unberührt, es sei denn, daß die Unbrauchbarmachung die Zerstörung der Sache und damit den Untergang des Eigentums herbeiführe. Auch setze die Unbrauchbarmachung im Gegensatz zur Einziehung nur objektives Verschulden des Inhalts voraus. Es spreche nicht gegen diese Ansicht, daß eine Einziehung zur Vollziehung der Unbrauchbarmachung nötig wäre, da eine „Einziehung" zum Zwecke der Unbrauchbarmachung nicht eine Einziehung mit allen ihren Folgen, insbesondere dem Eigentumsübergang sei, sondern lediglich zu einer Eigentumsbeschränkung führe.[41])

Beide Maßnahmen dienen demselben Zweck, nämlich zu verhüten, daß eine künftige Wiederholung mit denselben Mitteln möglich ist und ferner dafür zu sorgen, daß schon entstandene und noch fortwirkende Folgen der Tat beseitigt werden. Beide Maßnahmen haben ferner eine Rechtsbeschränkung am sachlichen Vermögen der betroffenen Person zur Folge. Es unterscheiden sich mithin beide Maßnahmen nur in den Mitteln zur Erreichung dieses Zwecks. An sich könnte die Regelung des § 40 genügend sein, wenn nicht durch die Eigenart der Druckschriften eine Sonderregelung notwendig wurde, die infolge der Beschaffenheit dieser Gegenstände und ihrer besonderen Wirkungen über die Regelung des § 40 zum Teil hinausgehen mußte, insofern als der Personenkreis über Täter und Teilnehmer erweitert wurde, zum Teil dahinter zurückbleiben mußte, als ein völliger Eigentumsverlust zur Erreichung des Präventivzwecks nicht erforderlich wurde. Gemeinsamer Oberbegriff aber ist der der Sicherung und wird dieser Zweck durch die Unbrauchbarmachung nicht erreicht, kann eine Ergänzung durch eine Einziehung der nicht der Unbrauchbarmachung unterliegenden Gegenstände erfolgen. Einziehung und Unbrauchbarmachung können mithin nebeneinander ausgesprochen werden, wenn eine Gefährdung durch die Unbrauchbarmachung allein nicht beseitigt werden kann, und die Voraussetzungen für beide vorliegen.

§ 7.

Die Einziehung und Unbrauchbarmachung im sog. objektiven Verfahren.

Sind die Voraussetzungen des § 40 zwar gegeben, ist aber die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so gibt § 42 die Möglichkeit, dennoch eine Einziehung vorzunehmen. Wir haben es demnach bei der sog. selbständigen Ein-

[41]) Binding, Grundriß S. 262, Vorberg S. 3, 114, Herschel S. 23, 38, Schötensack S. 21, RGSt Bd. 17, S. 313.

ziehung nicht mit einem besonderen Einziehungsfall zu tun, sondern lediglich mit einer Abwandlung der Einziehung nach § 40. Es folgt hieraus, daß eine Einziehung bei Gegenständen, die nicht dem Täter oder einem Teilnehmer gehören, ebensowenig statthaft ist, wie bei fahrlässigen Delikten oder bei Uebertretungen. Bei Uebertretungen ist das objektive Verfahren auch in dem Fall nicht als zulässig anzusehen, wenn bei ihnen im Gesetz die Einziehung ausdrücklich zugelassen ist. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 40, der nun einmal die Einziehung nur bei vorsätzlichen Verbrechen zuläßt, und weiter daraus, daß der Gesetzgeber in einigen Fällen, in denen die Einziehung auch ohne die Voraussetzungen des § 40 zulässig ist, die Einziehung im objektiven Verfahren ausdrücklich zugelassen hat.[42]) Andernfalls hätte sich diese Bestimmung erübrigt.

Zunächst ist festzustellen, daß eine selbständige Einziehung dann nicht mehr in Frage kommt, wenn eine Verfolgung oder Verurteilung bereits stattgefunden hat, die die Einziehung hätte zur Folge haben können. Denn eine Einziehung durch Nachtragsurteil ist durch § 40 Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossen, nach dem die Einziehung im Urteil (und zwar in der Urteilsformel) ausgesprochen werden muß. Hat man den Ausspruch der Einziehung versäumt, ist eine Nachholung höchstens im Wege des Rechtsmittels zulässig, aber keinesfalls durch ein Verfahren auf Grund des § 42, das sich in diesem Fall als unzulässiges ne bis in idem darstellen würde.

Neben den in den §§ 40, 41 genannten Voraussetzungen ist weitere Voraussetzung, daß die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist. Wie dieses „nicht ausführbar" aufzufassen ist, nämlich ob sowohl rechtliche als tatsächliche Hindernisse hierunter fallen, ist streitig. Die Motive sagen, daß irgendein Grund genüge und führen dann als Beispiel nur tatsächliche Gründe, nämlich Tod, Abwesenheit und Unbekanntschaft des Täters an. Jedoch sind Motive immer eine unzuverlässige Quelle und für sich allein genommen nicht als unumstößlicher Beweis zu werten, wollen im vorliegenden Fall auch nur eine Aufzählung aus dem Umkreis der häufigsten Fälle anführen, keineswegs aber gesetzliche Unausführbarkeitsgründe grundsätzlich ausschließen. Richtig wird sein, auch rechtliche Hinderungsgründe hierunter fallen zu lassen, sofern sie lediglich eine prozessuale Voraussetzung für das Verfahren der Strafverfolgung sind. Es ist daher die Einschränkung zu machen, daß von einer Nichtausführbarkeit erst dann gesprochen werden kann, wenn es sich um die Nichtausführbarkeit eines an sich entstandenen Strafanspruchs handelt. Ist von vornherein kein Strafanspruch entstanden, wird die Frage einer Nichtaussführbarkeit garnicht erst akut. Erforderlich ist daher, daß ein Strafanspruch als solcher zwar begründet ist, aber einer Realisierung Hindernisse entgegenstehen. Innerhalb dieses Rahmens können die Gründe des Hindernisses rechtlicher und tatsächlicher Natur sein. Unzulässig wäre

[42]) § 15 des Nahrungsmittelges. § 31 des Weinges.

also eine selbständige Einziehung in Fällen, wo eine Handlung in Notwehr begangen worden ist oder ein Unzurechnungsfähiger Täter ist. Unausführbar ist die Verfolgung beim Vorliegen persönlicher Strafausschließungsgründe (§§ 247 II, 257 II) oder Geisteskrankheit nach der Tat.

Innerhalb des Begriffes „unausführbar" ist besonders umstritten, ob eine selbständige Einziehung dann erfolgen kann, wenn die Tat verjährt[43]) oder ein erforderlicher Strafantrag nicht gestellt ist. Im Falle der Verjährung ist eine Einziehung im objektiven Verfahren nicht als zulässig anzusehen. Die rechtliche Natur der Verjährung hat teils materiell-rechtlichen, teils prozessualen Charakter.[44]) Nach Ablauf einer bestimmten Zeit soll nicht mehr gestraft werden, weil das Interesse daran erloschen ist. Die Verjährung trägt der Macht der Tatsachen Rechnung: Die Wirkung steht außer allem Verhältnis zu den Schwierigkeiten und Unsicherheiten, welche die Feststellung des Sachverhaltes bietet. Der staatliche Strafanspruch geht daher unter. Es geht aber auch das Verfolgungsrecht unter, und durch das Strafverfolgungsverbot soll die Straflosigkeit sichergestellt werden. Deshalb hat die Verjährung ebenfalls prozessualen Charakter und zwar den eines Prozeßhindernisses. Hieraus folgt, daß auch Präventionsmaßregeln nicht mehr zulässig sind. Man kann sich nicht darauf berufen, daß bei Verjährung die Verfolgung und Verurteilung „unausführbar" ist und eben deshalb das Einziehungsverfahren zuzulassen ist. Denn als tatsächlich unausführbar kann man nur bezeichnen, was rechtlich möglich ist; Verjährung bedeutet aber rechtliche Unmöglichkeit.[45]) Hinzukommt, daß eine Gefährlichkeit des Täters nach Ablauf der Verjährungszeit nur ausnahmsweise anzunehmen ist und ihm daher das in der Einziehung liegende Uebel nicht mehr zuzumuten ist. Auch das in dem Einziehungsurteil für den Täter gleichzeitig liegende Unwürdigkeitsurteil erscheint nicht mehr am Platze. Der mit der Verjährung bezweckte Erfolg, den Täter von allen Folgen der Tat freizustellen, würde aber, wollte man sich auf einen anderen Standpunkt stellen, damit durchbrochen werden. Eine Einziehung nach eingetretener Verjährung muß daher als unzulässig angesehen werden.

Auch bei Antragsdelikten ist eine Einziehung im objektiven Verfahren abzulehnen. Der Grund ist darin zu sehen, daß das öffentliche Interesse hier ausnahmsweise hinter das Parteiinteresse zurücktreten soll und, falls das Parteiinteresse eine Verfolgung nicht als erwünscht ansieht, ist anzunehmen, daß der Täter in jeder Hinsicht bezüglich der Tat unbehelligt bleiben soll. Faßt man den Antrag als Bedingung der Strafbarkeit auf, kommt man zu demselben Ergebnis, da dann eine strafbare Handlung nicht vorliegt, eine im

[43]) Gegen Einziehungsmöglichkeit bei Verjährungseintritt: Frank, § 42 II, 1, Eberm. § 42 N. 5, Allfeld S. 268; Binding, Grundr. S. 263; Friedländer S. 13. Für Einziehung: RGSt Bd. 44, S. 317; Olshausen, § 42 N. 5 b; Gerland S. 259.

[44]) Eberm., § 66, 1; Frank, § 66 I; RGSt 41, S. 168.

[45]) Frank, § 42 II, 1.

Sinne der §§ 40, 41 geforderten Voraussetzungen für § 42 damit entfällt.

Soweit die selbständige Einziehung in solchen Fällen angeordnet ist, in denen sich schon die gewöhnliche, im Urteil gegen den Täter zu verhängende Einziehung als Präventivmaßnahme charakterisiert, ist zwischen den beiden Arten der Einziehung kein Unterschied zu machen. Denn auch hier wird einem Unbeteiligten, der sich in keiner Weise gegen die Strafgesetze vergangen hat, auf Grund des von einem anderen begangenen Delikts ein Uebel zugefügt. Hierbei versagt aber der Begriff der Strafe völlig, denn das Haupterfordernis, die Richtung auf den Schuldigen, bleibt außer acht. Zweifelhaft und bestritten ist die Natur der selbständigen Einziehung in den Fällen, wo die regelmäßige Einziehung sich als Strafe darstellt. § 42 nimmt auf § 40 Bezug. Es müssen neben den anderen Erfordernissen also auch die Gegenstände im Eigentum des schuldigen Täters oder Teilnehmers stehen. Trotzdem kann die selbständige Einziehung auch in diesem Fall keine Strafe sein, da das Verfahren sich nur gegen eine Sache richtet und die Richtung auf eine bestimmte Person fehlt, Strafen aber nur gegen bestimmte, im geordneten Verfahren für schuldig befundene Personen verhängt werden können. Mit Recht sagt Binding:[46]) „Unmöglichkeit der Verfolgung heißt Untergang des Strafrechts". Die gegenteilige Ansicht Johns[47]), der die selbständige Einziehung als eine Strafe für das Verbrechen ansieht, und Tolkiemits[48]), der sie als objektives Strafübel bezeichnet, sind daher abzulehnen. Ueberdies ist auch begrifflich die Annahme der selbständigen Einziehung als Strafe ein Unding, da sie als Nebenstrafe nur neben einer Hauptstrafe verhängt werden kann. Der Begriff der für diesen Fall anzunehmenden antizipierten[49]) Nebenstrafe versagt aber zum mindesten dann, wenn der Schuldige tot ist, da dann eine Nachholung der Hauptstrafe nicht mehr erfolgen kann.

Auch die Unbrauchbarmachung ist bei Unausführbarkeit einer Verurteilung oder Verfolgung unter der Voraussetzung des § 41 im objektiven Verfahren geboten. Dies gilt ebenfalls dann, wenn der Täter unschuldig war und deshalb nicht verfolgt wurde. Auch bei Freispruch eines unschuldigen Täters wird das objektive Verfahren zuzulassen sein. Im übrigen trifft das bei der Einziehung Gesagte auch hier zu mit dem Unterschied, daß statt der Voraussetzungen des § 40 die des § 41 vorliegen müssen. Es genügt auch hier und gerade hier die objektive Strafbarkeit der Handlung, und ebenso unzweifelhaft ist die Maßnahme auch hier polizeiliche Sicherungsmaßregel und nicht Strafe.

---

[46]) Handb. S. 496.
[47]) S. 64.
[48]) S. 51.
[49]) Glücksmann S. 22.

II. Mängel der Einziehung und Unbrauchbarmachung auf Grund der Bestimmungen des geltenden Rechts und Vorschläge zu ihrer Abhilfe de lege ferenda.

Die Praxis der Gerichte hat ergeben, daß die Einziehungsbestimmungen des geltenden Rechts, insbesondere die Bestimmung des § 40 StGB., zu Ergebnissen führen, die dem Präventionsbedürfnis des Staates und der Allgemeinheit nicht gerecht zu werden vermögen. In erster Linie ist der Grund in der rechtlich so beengten Möglichkeit der Einziehung zu sehen. Nur die bei dem abgeurteilten, vorsätzlichen Verbrechen oder Vergehen tatsächlich gebrauchten oder die zur Begehung des konkreten Verbrechens oder Vergehens bestimmten Gegenstände können eingezogen werden. Für die zweite Alternative genügt bekanntlich nicht die Feststellung, daß die instrumenta zu künftigen strafbaren Handlungen bestimmt sind, sondern es muß sich diese Absicht bereits durch eine Handlung, die die Merkmale des Verbrechens in sich trägt, verwirklicht haben, es muß also mindestens der Versuch des Verbrechens verübt worden sein. Die Rechtsprechung hat vielfach versucht, sich von dieser engen Fessel im Rahmen des rechtlich Zulässigen zu befreien und nach einer Auslegung gesucht, die die Formalvoraussetzungen des § 40 innehält, andererseits aber praktisch befriedigende Ergebnisse erzielt. Hier ist besonders die in Goltd. Arch. Bd. 52 S. 256 veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts zu nennen, die die Einziehung auch solcher Gegenstände für zulässig erachtet, die zu einem noch in der Ausführung begriffenen und nur in einzelnen Ausführungsakten verwirklichten konkreten Fortsetzungsdelikt bestimmt waren. In Weiterführung dieses Gedankens erklärt die Entscheidung in Bd. 42 S. 315 die Einziehung der sämtlichen Jagdwerkzeuge des Wilddiebes für zulässig, auch der bei Begehung der konkret abgeurteilten Tat zu Hause gelassenen, wenn nur feststeht, daß die Absicht des Täters dahinging, den sämtlichen Jagdwerkzeugen die Bestimmung zu geben, ihm bei seinen fortgesetzten Jagdgängen zu dienen und diese Absicht bei der konkreten abgeurteilten Tat zutage getreten ist. Aus ähnlichen Erwägungen ist die Einziehung von Vorräten von Getränken bei Schankkontraventionen für zulässig zu erachten, da sie zur Fortsetzung der in einzelnen Ausführungsakten zur Aburteilung stehenden Kontravention bestimmt sind[50]). In der Entscheidung RGSt. Bd. 44 S. 142 wird sogar die Einziehung einer Schraubenmutter,

[50]) Vgl. Dtsch. Jur. Z. 1910, S. 485.

die der unbefugt in einer Versammlung und in einem Aufzug Erscheinende an einem Riemen bei sich trug (Verurteilung aus § 19 Nr. 2 des Vereinsgesetzes vom 19. 4. 1908), für zulässig erklärt, obwohl eine Körperverletzung von dem Angeklagten nicht begangen worden war und die Absicht, eine solche zu begehen, zur Einziehung der Waffe nicht genügt. „Allein der in Rede stehende Begriff wäre zu eng gefaßt, wollte man verlangen, daß der Gegenstand, um den Erfordernissen des Bestimmtseins zu genügen, als Mittel oder Werkzeug zur Begehung der Straftat dienen sollte. Es genügt vielmehr, wenn der Gegenstand bei Ausführung der der Straftatbestand verwirklichenden Handlung in irgendeiner Weise auch nur benutzt worden ist. Dies ist unter anderem der Fall, wenn das Beisichtragen des Gegenstandes, hier der Waffe, strafbegründender oder straferhöhender Umstand ist, da mit diesem Umstand zugleich dargetan ist, daß der Gegenstand zur vorsätzlichen Begehung der Straftat gebraucht ist."

Schon in diesen Entscheidungen ist dem § 40 ein Anwendungsgebiet eingeräumt worden, das ihm bei seiner Abfassung wohl nicht zugedacht war. Trotzdem ist diese erweiterte Auslegung nicht dazu angetan, dem fühlbaren Mangel einer wirksamen Präventionsbestimmung abzuhelfen. Nach geltendem Recht wird überall da, wo beschlagnahmte instrumenta sceleris zur Ausführung eines künftigen Deliktes bestimmt sind, die Einziehung als unzulässig zu erachten sein. Die subjektive Zweckbestimmung des Täters reicht nicht aus. Beispiele hierfür können vielfach angeführt werden: Bei der Abtreibungen vornehmenden Hebamme werden Spritzen, Nadeln, Sonden beschlagnahmt, bei dem Messerstecher auch ein Schlagring. Einziehbar sind trotz des begründeten Verdachtes der Bestimmung dieser Werkzeuge für die konkrete Tat oder auch, falls diese Bestimmung im zur Aburteilung gelangten Falle nicht vorgelegen hat, trotz des Schutzinteresses wegen der — durch die Tat bewiesenen — Gefährlichkeit dieses Täters nur die nachweislich zur Tat bestimmten oder gebrauchten Gegenstände. Die Folgen sind derart, daß dem entlassenen Verbrecher die beschlagnahmten Werkzeuge wieder zurückgegeben werden müssen, da keine Handhabe besteht, sie ihm vorzuenthalten, obwohl alle Vernunftgründe dafür sprechen. Wird das aus eigenem Ermessen der Staatsanwaltschaft nicht getan, und sind die Werkzeuge inzwischen vernichtet worden, so kann der Verbrecher Ersatz, wenn nicht sogar Beschaffung gleichartiger Werkzeuge von der Behörde fordern, deren Aufgabe die Verhütung und Bekämpfung des Verbrechertums ist.

Auch bei der Einziehung von Autos, die bei strafbaren Handlungen Verwendung gefunden haben, ist eine Einziehung nur in beschränktem Maße möglich. Wie schon oben dargelegt, ist ein Gegenstand nur dann als zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens bestimmt anzusehen, wenn alle äußeren und inneren Merkmale einer vollendeten oder versuchten Handlung vorliegen, so daß Gegenstände, welche zur Vorbereitung oder nach Abschluß

gebraucht werden, nicht eingezogen werden können. Wenn der Dieb mit einem Kraftwagen an einen Ort fährt, an welchem er einen Diebstahl begehen will, so kann der Wagen nicht eingezogen werden. Zweifelhafter ist es, wenn er mit dem Wagen Diebstahlsbeute wegschafft. Hier soll es nach Ansicht des Reichsgerichts (RGSt Bd. 49, S. 208) auf den Einzelfall abgestellt werden, und zwar derart, daß der Wagen eingezogen werden kann, wenn die Tat noch nicht ihren Abschluß gefunden hatte, obwohl das Delikt als solches juristisch vollendet war. Wenn also der Wagen zur Fortschaffung und Verwertung eines gewilderten Hirsches benutzt wurde, da nur hierdurch die endgültige Verfügungsgewalt hergestellt werden konnte, kann eingezogen werden [51]). War der Wagen jedoch nicht unumgänglich nötig, sondern erleichterte er nur die Fortschaffung nach vollendetem Jagdvergehen oder wurde er zur Flucht benutzt, entfällt die Einziehungsbefugnis.

Im Falle des Rückfalldiebstahls ist im Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. Nov. 1933 (§ 245a StGB) eine Abhilfe geschaffen, insofern, als durch dieses Gesetz der Besitz von Diebeswerkzeug unter bestimmten Voraussetzungen mit Strafe belegt und das Diebeswerkzeug einziehbar ist, auch wenn es dem Täter nicht gehört. Diese Maßnahme soll die diebische Ausübung erschweren und geht von der Erfahrung aus, daß derjenige, der sich der Straftaten nach §§ 243—45, 249—252, 260, 261 StGB schuldig gemacht hat, zu ihrer Wiederholung neigt, auch wenn er nicht als Gewohnheitsverbrecher nach § 20a StGB angesehen werden kann. Diese Gefahr wächst, wenn er Diebeswerkzeug in Gewahrsam hat, da der Anreiz und die Versuchung eine größere ist. Der Rahmen dieses Gesetzes ist, um das Ziel einer wirksamen Spezialprävention weitgehend zu verwirklichen, sehr weit und umfaßt alle möglichen Fälle. Infolgedessen ist auch der Besitz von Diebeswerkzeug, das zur Verwendung bei strafbaren Handlungen ganz allgemein bestimmt ist, verboten und das Werkzeug einziehbar, da der Besitz einen Zustand schafft, der im weitesten Sinne gleichsam eine Vorbereitung für Straftaten bedeutet. Dieser gefährdende Zustand trifft aber nur bei Werkzeugen zu, die ihrer Gattung und Beschaffenheit nach zur Ausführung von Diebstählen geeignet sind und erfahrungsgemäß dazu verwendet werden. Aus dem gleichen Grunde kann auch der Gewahrsam für den Verbrecher durch einen anderen ausgeübt werden. Während nach Abs. 1 die Gefährdung des Eigentums Dritter in der Person des Täters liegt und dessen Geneigtheit zur Begehung strafbarer Handlungen durch den Besitz von Diebeswerkzeug bestärkt wird, faßt Abs. 2 den Fall ins Auge, daß ein anderer strafbare Handlungen begehen will und die Werkzeuge für ihn dabei Verwendung finden sollen. Wenn jemand diese Bestimmung der Werkzeuge kennt oder doch den Umständen nach annehmen mußte,

[51]) RGSt Bd. 12, S. 305.

sie aber für den anderen in Verwahrung nimmt oder ihm überläßt, so macht er sich der Beihilfe an den dann von jenem begangenen Straftaten schuldig und schafft damit gleichzeitig einen erhöhten Gefahrzustand. Es genügt hierfür, daß die Werkzeuge ganz allgemein zur Begehung von strafbaren Handlungen bestimmt sind, es braucht noch keine bestimmte Handlung in Aussicht genommen zu sein. Solchenfalls läge wirkliche Beihilfe oder Begünstigung vor. Auch bei der Jagdwilderei ist in dem § 296 StGB eine dem § 245a nachgebildete Vorschrift geschaffen worden, für deren Aufnahme dieselben Gründe wie für § 245a maßgebend waren.

Das führt zu der Ueberlegung, welcher Art wohl die Maßnahme im künftigen Recht sein muß, um wirklich zweckvoll zu sein. § 40 StGB ist es nicht, das steht auf Grund der praktischen Ergebnisse fest. Die beiden Hauptgründe sind darin zu sehen, daß einmal der Gegenstand dem Täter gehören muß und zweitens die Bestimmung zur konkreten Tat gefordert wird. Man muß daher künftig davon absehen, diese Voraussetzungen zur Zulässigkeit der Einziehung zu fordern und dem Strafgericht die Möglichkeit geben, instrumenta sceleris auch in solchen Fällen einzuziehen, wo sie zur konkreten Tat nicht gebraucht oder zu ihrer Begehung nicht bestimmt waren, und es nicht auf das Eigentum des Täters abstellen.

Welcher Ansicht über die rechtliche Natur der Einziehung man sein mag, leugnen läßt sich nicht, — und wird selbst von den Vertretern der Straftheorien nicht getan — daß bei ihr zum mindesten eine Präventivzwecke verfolgende Tendenz vorliegt, eine Tendenz, die vom Gesichtspunkt der Gefährlichkeit ausgehend Polizeizwecke verfolgt. Man soll aber dann auch konsequent sein und diesem Gesichtspunkt der Gefährlichkeit des Täters gebührend Rechnung tragen. Alle Maßnahmen sind zu treffen, die zur wirkamen Verbrechensbekämpfung und Verhütung geeignet sind. Es ist nicht einzusehen, warum im Falle der Einziehung, die doch gerade geeignet ist, Straftaten zu verhüten, man sich aus nicht ersichtlichen Gründen scheuen wollte, dieses Bedürfnis zu berücksichtigen. Eine Notwendigkeit, die Einziehung als Strafe auszugestalten, besteht dagegen keineswegs, da dem Strafbedürfnis des Staates durch die Verurteilung zu Freiheits- und Geldstrafen Genüge getan ist. Erfüllt die Strafe als Vergeltung und Aufrechterhaltung der Rechtsordnung im Hinblick auf das begangene Verbrechen ihren Zweck, so versagt sie dagegen häufig in ihrer Bedeutung als Generalprävention gegen Wiederholung künftiger Taten durch den Rechtsbrecher selbst oder Dritte. Insoweit muß das Mittel der Strafe durch andere Mittel der Spezialprävention ersetzt werden, die wenigstens die Wiederholung durch den Rechtsbrecher selbst zu verhüten bestimmt sind.

Zweck der Einziehung kann und muß in Zukunft allein sein, neue Straftaten zu verhindern und darüber hinaus auch überhaupt, wenn eine solche noch nicht begangen worden ist, vorzubeugen. Als beachtenswerte Regelung erscheint hier der Schweizer Entwurf.

Art. 28 „Konfiskation" soll folgenden Wortlaut erhalten:[52]) „Gefährdet ein Gegenstand, der mit einem Verbrechen in Zusammenhang steht, das öffentliche Wohl, so zieht ihn der Richter ein und läßt ihn erforderlichenfalls unbrauchbar machen oder vernichten. Diese Maßnahme findet ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer Person statt. Neben der Strafe oder statt einer Geldstrafe kann dem Schuldigen das Eigentum an Gegenständen abgesprochen werden, die zu dem Verbrechen benutzt worden sind oder benutzt werden sollten."

Die Motive sagen dazu: „Es mag sich in einzelnen Fällen empfehlen, dem Schuldigen statt einer Geldsumme bestimmte Gegenstände, die als Werkzeuge zu dem Verbrechen gedient haben oder dienen sollten, aus dem Eigentum zu entziehen, sofern der Schuldige Eigentümer dieser Gegenstände ist. Es kann dadurch der Täter je nach Umständen empfindlicher getroffen werden als durch eine Geldstrafe und es wirkt diese Strafe auch vorbeugend. Wenn aber ein Gegenstand, der mit einem Verbrechen im Zusammenhang steht, das öffentliche Wohl gefährdet, wie z. B. unsittliche Darstellungen, nachgemachte Münzen, falsche Urkunden, so soll der Richter den Gegenstand einziehen, auch wenn keine Person strafrechtlich verurteilt wird. Diese Einziehung ist keine Strafe, sondern eine dem Richter aus Zweckmäßigkeitsrücksichten übertragene polizeiliche Funktion."

Im ersten Fall trifft die Einziehung nur den Schuldigen, hier tritt ein Rechtsverlust um Mißbrauchs willen ein. Im zweiten Fall ist über die Fälle der ersten Bestimmung hinaus die Möglichkeit geschaffen, gefährliche Gegenstände dem Verkehr zu entziehen, ohne Rücksicht auf entgegenstehende Interessen Dritter, nur zur Wahrung der Belange der Oeffentlichkeit. Schwierigkeiten macht nur die Abgrenzung: Wann steht ein Gegenstand mit einem Verbrechen in Zusammenhang und wann ist ein berechtigtes Präventionsinteresse gegeben?

Um diese Unklarheiten aus dem Wege zu räumen, ist in Art. 55 des Schweizer Bundesratsentwurf die Einziehungsbestimmung des Art. 28 des Vorentwurfs wesentlich geändert worden. Art. 55 lautet: „Der Richter verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zu der Verübung eines Vergehens gedient haben oder bestimmt waren, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden."

Art. 55 BE. hat also die Zweiteilung des Art. 28 VE. aufgegeben und die Zulässigkeit der Einziehung nur im Hinblick auf die Belange der Allgemeinheit geregelt, ohne es auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person abzustellen. Ist diese Regelung auch zweckmäßiger und genauer, so sind die Gedanken des Vorentwurfs trotzdem in

---

[52]) Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, allg. Teil, v. Stooß, 1893.

hohem Maße begrüßenswert, da in ihm zum ersten Male die Notwendigkeit einer weitgehenden Prävention erkannt und ihr Rechnung getragen wurde.

Auch das norwegische Strafgesetzbuch enthält eine ähnliche weitgehende Bestimmung. § 35 lautet: „Gegenstände, deren eigentliche Bestimmung es ist, als Mittel zur Verübung einer strafbaren Handlung zu dienen, können, wenn es dem öffentlichen Interesse zu entsprechen scheint, durch Urteil eingezogen werden, gleichgültig, wem sie gehören." Diese Fassung ist m. E. zu eng, da die eigentliche Bestimmung eines Gegenstandes eine alltägliche, gewöhnliche sein mag, in der Hand dieses Täters aber eine weitere Gefährdung der Rechtsordnung besorgen läßt, so daß eine Einziehung zulässig sein sollte, auch wenn er zu einer konkreten Tat noch nicht benutzt worden ist.

Im Gegensatz hierzu hat sich der deutsche Vorentwurf 1909 gegen eine Neufassung des § 40 im Sinne einer umfassenderen Prävention ausgesprochen:[53]) „Ein Bedürfnis für eine allgemeine Präventivregel ist in der Praxis nicht hervorgetreten. Hinzukommt, daß das Merkmal der Gefährdung anderer durch Belassung des Gegenstandes im Verkehr kaum ausreichend bestimmt umgrenzt erscheint, um eine einigermaßen gleichmäßige Anwendung der Vorschrift zu gewährleisten und ihre Ausdehnung zum Nachteil Dritter, an der strafbaren Handlung unbeteiligter Personen zu verhüten. Der Entwurf konnte daher auf diesen Vorschlag nicht eingehen."

Die Einwendungen, die gegen eine großzügigere, aber auch wirksamere Fassung des § 40 gemacht werden können, liegen alle auf der Ebene einer Ueberspannung der Prävention und der damit verbundenen Schädigung der Schutzinteressen Dritter. Jedoch hat sich aus dem Bedürfnis der Praxis ergeben, daß eine Gefährdung der Rechtssicherheit schon dann vorliegen kann, wenn die Voraussetzungen des § 40 noch nicht gegeben sind. Auch in diesem Falle muß eine Einziehung zugelassen werden, selbst wenn Belange Dritter entgegenstehen, sofern nur die Interessen des Volksganzen einen Schutz erfordern.

Man setze die Voraussetzung, daß der Richter die Ueberzeugung haben muß, der Gegenstand werde in der Hand des Täters die Rechtssicherheit gefährden. Nur in diesem Fall, wo also der Fortbestand des gemeinschädlichen Gegenstandes in der Hand der erweislich sozialgefährlichen Person bedenklich erscheint, soll er die Einziehung aussprechen können. Hier erscheint eine Rücksichtnahme auf eine eventuelle Benachteiligung Dritter schwächlich und nicht angemessen. Solche Härten, die gegebenenfalls auftreten, müssen von dem Einzelnen in Kauf genommen werden, wenn die Maßnahme zum Besten des ganzen Volkes und damit des Einzelnen dient. Und dem Gericht darf man vertrauen, daß es eine gerechte Anwendung der strengeren Vorschrift gewährleisten wird, und daß

[53]) Begründung, S. 186.

es ihre Ausdehnung zum Nachteil dritter, an der strafbaren Handlung unbeteiligter Personen, sofern überwiegende schutzwürdige Interessen vorliegen, verhüten wird.

Die Einziehung ist grundsätzlich zuzulassen, ohne sie auf vorsätzliche Vergehen und Verbrechen zu beschränken. Durch die Freiheit des Richters, auf Einziehung zu erkennen, ist eine gerechte Handhabung gewährleistet, da er sie bei fahrlässigen Vergehen und Uebertretungen nur bei einer hier im Zweifel seltener vorliegenden Notwendigkeit anordnen wird. Sollte aber z. B. eine durch fahrlässiges Umgehen mit einer Schußwaffe verursachte Körperverletzung eine Einziehung nicht zur Folge haben dürfen? Andererseits wird sich in den meisten Fällen bei Körperverletzungen durch fahrlässiges Autofahren die Einziehung nicht rechtfertigen lassen, zumal da die Einziehung des Führerscheins eine zum mindesten gleichwertige Prävention ermöglicht. Auch auf vollendete Vergehen oder Verbrechen kann die Einziehung nicht beschränkt bleiben. Die hierdurch im geltenden Recht erzielten unhaltbaren Ergebnisse bedürfen keiner weiteren Darlegung. Der verbrecherische Wille hat sich durch die Vorbereitung und den Versuch eines Delikts schon mit einer derartigen Intensität manifestiert und damit eine unmittelbare Gefährdung der Gesamtheit herbeigeführt, daß eine Unterscheidung zum vollendeten Verbrechen hinsichtlich der Einziehung nicht gemacht werden darf, wobei das Ermessen des Richters entscheidend sein muß, ob im konkreten Fall eine Entziehung des Gegenstandes geboten ist.

In den Nebengesetzen ist z. T. schon eine den praktischen Bedürfnissen angemessene Regelung der Einziehung vorgesehen. So ist man in den neuen gesetzlichen Bestimmungen zur Unterdrückung des Schmuggels von der Voraussetzung, daß der eingezogene Gegenstand im Eigentum des Täters oder eines Teilnehmers stehen müsse, abgegangen, indem über die vom Strafgesetzbuch aufgestellten Voraussetzungen hinaus auch auf Einziehung des Beförderungsmittels zu erkennen ist, das der Täter zur Begehung des Schmuggels benutzt hat, ohne Rücksicht darauf, wem es gehört und ob gegen bestimmte Personen ein Strafverfahren eingeleitet wird. Hierbei werden aber die dem allgemeinen Verkehr dienenden und unabhängig von den Weisungen des Fahrgastes oder Benutzers verkehrenden Verkehrsmittel von der Einziehung ausgeschlossen. (§§ 134, 154 des Vereins-Zollgesetzes in der Fassung der sog. Anpassungverordnung vom 23. 12. 1931, § 379 der RAO. vom 22. 5. 1931 in der Fassung der VO. vom 18. 3. 33.) Zu den Beförderungsmitteln werden nach dem Sinn dieser Vorschrift nur solche gerechnet, die durch Menschen-, Tier- oder Maschinenkraft selbständig fortbewegt werden können. Nicht hierher gehören mithin Taschen, Koffer usw. Der wesentliche Unterschied ist darin zu sehen, ob das Beförderungsmittel zur Beförderung der den Schmuggel ausführenden Person oder zur Beförderung der Schmuggelware selbst dient. Der Zweck der Benutzung des Beförderungsmittels muß mit der Tat in Zusammenhang stehen. Daraus folgt, daß, wenn der Täter sich selbst, nicht die zu schmuggelnde

Ware durch das Transportmittel befördern läßt, eine Einziehung nicht erfolgen soll. Wann dies der Fall ist, werden die Einzelumstände zu entscheiden haben. Benutzt jemand, um eine Schachtel Tabak zu schmuggeln, einen Wagen zum Passieren der Grenze, wird dies eine Einziehung nicht rechtfertigen können, auch wenn er das Paket nicht selbst in der Tasche, sondern in dem Wagen versteckt hält. Anders ist der Fall zu entscheiden, wenn er, um den Schmuggel ausführen zu können, den Wagen oder ein Schiff benutzen mußte. Hier wird das Beförderungsmittel, sofern es nicht als öffentliches anzusehen ist, eingezogen werden müssen, auch wenn der Wert der geschmuggelten Sache und des Beförderungsmittels in keinem Verhältnis zueinander stehen. Gerade in einer wirtschaftlichen Notzeit sind derartige, der Integrität des Volksvermögens dienende Vorschriften eng auszulegen. Im übrigen zeigt auch die Praxis, daß der wirksame Kampf der Zollbehörden, der nicht zum wenigsten in der Sicherstellung der von den organisierten Schmugglerbanden an der belgischen und holländischen Grenze benutzten, zum Teil gepanzerten, schnellen Kraftwagen und Waffen besteht, seine Früchte getragen hat, da die dort übliche und allgemein betriebene Schädigung des Staates und seines Handels ganz wesentlich zurückgegangen ist.

Hat man also zur wirksamen Bekämpfung des Schmuggels eine notwendige Erweiterung der Einziehung in die Tat umgesetzt, die durch die besonders hohe Bewertung der Schutzbedürftigkeit der deutschen Wirtschaft ihre Erklärung findet, sollte man auch die Einziehung ganz allgemein einem Stande anpassen, der von praktischen Bedürfnissen diktiert wird. Alle Rechtsgüter sind dem Verbrechertum gegenüber schutzwert und alle Mittel, die dessen Gefährlichkeit wirksam bekämpfen, sind zu treffen.

Schließlich ist noch der Beschränkung auf Sachen, die der § 40 ausspricht, Erwähnung zu tun. Rechte sind nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht einziehbar. Auch das scheint ein fühlbarer Mangel zu sein. Es ist nicht einzusehen, warum Geld, das zur Vorbereitung von Straftaten dient, nicht eingezogen werden kann, — sei es in bar oder als Guthaben auf der Bank oder Sparkasse, — oder das Geld, das zum Betrieb einer verbotenen Spielbank oder einer staatsfeindlichen Druckerei bestimmt ist[54]). Gerade hier ist eine wirksame Bekämpfung möglich, da durch die Einziehung des Geldes den Tätern das zur Ausführung des Verbrechens notwendige Kapital genommen wird und auf diese Weise die Ausführung des Deliktes verhindert wird. Eine Ausdehnung der Einziehung auf Rechte und Forderungen scheint daher geboten.

Einer Regelung bedarf dann auch die Frage, die sich aus einer Neufassung im vorgeschlagenen Sinne ergeben würde, nämlich die nach der prozeßrechtlichen Stellung des angeblichen, wirklichen, mitwissenden oder schuldlosen Eigentümers in dem Verfahren gegen

[54]) Das kommende deutsche Strafrecht, Teil I, S. 159.

den Täter. Ist der Täter überhaupt nicht belangt, handelt es sich um das sog. objektive Verfahren, so regeln §§ 477—479 StPO die Stellung des Eigentümers als Interessenten völlig ausreichend. Aber diese Sätze sind nicht ausgedehnt auf das regelmäßige Verfahren und können nicht ohne weiteres darauf ausgedehnt werden. Wie es einen Anschluß als Nebenkläger gibt, müßte es daher auch einen Anschluß als Nebenbeklagter geben und diesem bestimmte Rechte eingeräumt werden, auch etwas über seine Zeugnispflicht bestimmt werden.

Zusammenfassend können die Aenderungswünsche dahin formuliert werden, daß die Einziehung grundsätzlich unterschiedslos auszugestalten ist, dafür aber in allen Fällen eine fakultative Maßnahme bleiben soll. Sie kann dadurch auf alle Fälle eines berechtigten Präventionsinteresses erstreckt werden, und andererseits ist eine Vermeidung unbilliger Härten möglich. Ferner ist sie auf alle strafbaren Handlungen auszudehnen und nicht auf Sachen zu beschränken. Schließlich muß sie schon bei Gemeingefährlichkeit der Gegenstände und bei begründetem Verdacht der bevorstehenden Begehung zulässig sein.

Die Reformwünsche, die sich auf die Unbrauchbarmachung beziehen, sind nicht so durchgreifender Natur und richten sich weniger gegen sie als Rechtsinstitut. Vielmehr gehen die Vorschläge de lege ferenda dahin, die Verhängung der Unbrauchbarmachung aus verfahrens- und vollstreckungstechnischen Gründen durch die Erkennung der Einziehung insoweit zu ersetzen, als es mit den Belangen der Betroffenen zu vereinbaren ist. Das wird dann der Fall sein, wenn es sich um Schriften, Abbildungen und andere Darstellungen handelt, da hier der Materialwert nur eine untergeordnete Rolle spielt und in den meisten Fällen gering sein wird. Andererseits sind aber die Maßnahmen, die bei einer Unbrauchbarmachung zu treffen sind, für die Behörde von wesentlich umständlicherer Art als bei der Einziehung, so daß die Einziehung der Unbrauchbarmachung als Präventionsmaßnahme aus diesen rein technisch-praktischen Erwägungen vorzuziehen ist. Etwa hiergegen auftauchende Bedenken [55]) derart, daß über den Nachteil der Unbrauchbarmachung hinaus der Betroffene nicht auch durch den Substanzverlust geschädigt werden darf, müssen dabei in den Hintergrund treten, zumal solche Schäden erfahrungsgemäß gering sind und die wertvolleren Platten und Formen hiervon nicht betroffen werden. Die Ueberlegung, daß eingezogene Exemplare nicht sogleich der Vernichtung anheim fallen und daher immer noch die Möglichkeit eines späteren Wiederauftauchens und damit einer erneuten Wirkung ihres strafbaren Inhalts droht, ist, praktisch gedacht, ein wenig durchschlagendes Argument, da die Behörde für eine sichere Verwahrung und Vernichtung schon Sorge tragen wird. Sollte sich aber ausnahmsweise ein derartiger Fall er-

[55]) Mangold S. 87.

geben, ist dies gegenüber den sonstigen Vorteilen immer noch das kleinere Uebel.

Bei den Formen und Platten wird die Unbrauchbarmachung weiter beizubehalten sein, da der Materialwert manchmal erheblich ist und dem häufig unschuldigen Besitzer ein größerer als unbedingt zur Erzielung des Präventionszwecks notwendiger Schade erspart werden soll. Aus demselben Grunde darf die Maßnahme auch bei Darstellungen nur dann durch die Einziehung ersetzt werden, wenn es sich um die ganze Schrift usw. handelt oder bei strafbarem Inhalt eines Teils, wenn dieser nicht ausscheidbar ist.

Weiter ist bei der jetzigen Fassung des § 41 zu bemängeln, daß der Personenkreis zu sehr auf Druckschriften zugespitzt ist. Berücksichtigt man die Entwicklung der Technik und den damit vergrößerten Umfang des Personenkreises, so kann die Maßnahme nicht auf den Verfasser, Drucker usw. beschränkt bleiben, wenn nicht eine Ausdehnung des Personenkreises im Wege einer erweiterten Auslegung durch die Rechtsprechung unter Vergewaltigung des Sprachgefühls erfolgen soll. Es empfiehlt sich daher, neben der Aufzählung der dort genannten Personen einen Nachsatz allgemeinen Inhalts aufzunehmen, vielleicht derart, daß auch der Besitz von Personen dazu rechnen, die berufsmäßig oder gewohnheitsmäßig die Verbreitung solcher Stücke betreiben.

III. Die Entwürfe.

§ 1.

Der Vorentwurf 1909.

§ 54 des Vorentwurfs hat die §§ 40 bis 42 StGB im wesentlichen unverändert gelassen, und damit bleiben alle Unklarheiten des geltenden Rechts bestehen. Lediglich der Schlußsatz des ersten Absatzes ist neu, sachliche Aenderungen sind aber nicht getroffen worden. § 54 gibt auch keine Antwort auf die Frage nach der rechtlichen Natur der Einziehung. „Sie wird auch im Entwurf nicht mittelbar dadurch beantwortet, daß sie in dem Abschnitt steht, der von Strafen handelt.

Der Entwurf beschränkt daher, entsprechend dem bisherigen Recht, seine Vorschrift auf die durch strafbare Handlungen hervorgebrachten oder zur Begehung von solchen gebrauchten oder bestimmt gewesenen Gegenstände, wobei es auf die Bestimmung zur Zeit der Tat ankommt, und engt den Kreis der letzteren noch dadurch ein, daß er nur diejenigen, welche dem Täter oder Teilnehmer gehören, als einziehbar erklärt.“ [56]) Es kommen nur Verbrechen und vorsätzliche Vergehen in Betracht. Eine Ausdehnung auf Uebertretungen oder auch auf nur fahrlässige Vergehen würde zu weit führen: „Denn eine auf die Zukunft berechnete, vorbeugende Maßregel ist hier wegen der fehlenden Gefahr entbehrlich und eine Strafe, die nicht selten außer Verhältnis zu der Geringfügigkeit des Delikts stehen würde, erscheint zu hart.“ [57]) Bei Bedürfnis sind Sonderbestimmungen wie im geltenden Recht vorgesehen.

Der § 55 (Unbrauchbarmachung) bringt ebenfalls keine Aenderungen, aber statt Unbrauchbarmachung ist Einziehung vorgesehen zwecks Vereinfachung des Verfahrens, und zwar dann, wenn der gesamte Inhalt von Schriften strafbar ist oder wenn bei nur teilweise strafbarem Inhalt eine Ausscheidung des strafbaren Teils unmöglich ist. Er erfordert zu seiner Anwendung den objektiven Tatbestand eines Delikts, der sich in einer Schrift, Abbildung oder Darstellung verkörpert.

Auch der § 42 StGB ist im § 56 des VE. im wesentlichen unverändert beibehalten worden. Es ist lediglich die Frage bejahend beantwortet, ob neben tatsächlichen Hindernissen auch rechtliche Gründe zugelassen sind.

---

[56]) VE. Allg. Teil, S. 185.
[57]) VE. Allg. Teil, S. 186.

Auch für die Einziehung bei Jagdvergehen bleiben die Härten des § 295 bestehen. Sie findet statt ohne Rücksicht auf das Eigentum Dritter und es gibt keine Ausnahme von diesem Grundsatz. Er rechtfertigt sich durch das Bedürfnis einer schnellen und energischen Repression und soll den Versuchungen, das Gewehr dadurch zu retten, daß es unwahrerweise für fremdes Eigentum ausgegeben wird, vorbeugen. „Allerdings ist nicht zu verkennen, daß diese Maßregeln nach dem bestehenden Recht unter Umständen außer dem Wilderer und seinen Gehilfen, die getroffen werden sollen, auch an der Tat völlig unbeteiligt Dritte treffen können, ja den durch sie geschädigten Jagdberechtigten selbst, so wenn der Wilderer sich des Gewehrs des Berechtigten ohne sein Wissen bedient. Von einer Bestimmung, etwa dahin, daß von der Einziehung abzusehen ist, wenn der dritte Eigentümer der Jagdgeräte nachweist, daß ihn kein Verschulden trifft, hat jedoch der Entwurf Abstand genommen. Ein solche Vorschrift würde, indem sie dem Eigentümer den Beweis seines Eigentums und seiner Schuldlosigkeit aufbürdet, eine Durchbrechung des sonst das Strafrecht beherrschenden Grundsatzes enthalten, wonach die materielle Wahrheit von Amts wegen zu ermitteln ist. Sie würde aber auch geeignet sein, die Wirksamkeit des Jagdschutzes, die gegenwärtig zum nicht geringen Teil auf der obligatorischen Einziehung der vom Wilderer mitgeführten Geräte beruht, in Frage stellen. Die Milderung etwaiger Härten muß, wie bisher, dem landesherrlichen Begnadigungsrecht überlassen bleiben“ [58]).

§ 2.

Der Entwurf 1927.

Der Entwurf 27 fußt weitgehend auf den §§ 40—42 des StGB, behält aber die Unbrauchbarmachung als Regel nur für die Platten und Formen bei, ersetzt sie im übrigen durch die Einziehung. Die Schriften, Abbildungen und anderen Darstellungen sollen nur unbrauchbar gemacht statt eingezogen werden, wenn nur ein ausscheidbarer Teil des Inhalts strafbar ist, da andernfalls die Einziehung eine ungerechtfertigte Härte bedeuten würde. Weiter wird die Einziehung nicht auf Sachen beschränkt, sondern auch auf andere Vermögenswerte erstreckt.

Regelmäßig ist die Einziehung in das Ermessen des Richters gestellt, wobei er zu berücksichtigen hat, „daß diese Maßnahmen neben ihrem Strafcharakter auch einem Sicherungszweck zu dienen haben“ [59]). Ausnahmen von dem Ermessen sind dann vorgesehen, wenn die Natur der Sache eine drohende Gefahr für den Rechtsfrieden in sich birgt, wie z. B. falsches Geld, falsche Urkunden, Einbruchswerkzeug. Beibehalten worden ist der Grundsatz, daß die Gegenstände dem

[58]) VE. 1909, S. 830.
[59]) Begründung zum Entwurf 27, S. 41.

Täter oder einem Teilnehmer gehören müssen, wobei wieder Ausnahmen im besonderen Teil vorgesehen sind. Schließlich ist grundsätzlich Vorsatz erforderlich, wenn nicht besondere Ausnahmen durch ausdrückliche Bestimmung zugelassen sind.

§ 3.

Das kommende deutsche Strafrecht.

Während die bisherigen Entwürfe ängstlich bemüht waren, die geltenden Bestimmungen über die Einziehung möglichst wenig zu verändern, und damit alle Zweifel und Unklarheiten in der alten Form bestehen ließen, hat das kommende deutsche Strafrecht eine Regelung vorgesehen, die geeignet ist, den praktischen Bedürfnissen zu genügen. Es ist dabei den umgekehrten Weg gegangen, als es bisher üblich war, indem die Einziehung grundsätzlich zu treffen ist und nur in besonders vorgesehenen Fällen von ihr abgesehen werden kann. Das hat den Vorteil, daß sich Spezialbestimmungen im besonderen Teil im allgemeinen erübrigen, diese vielmehr nur dann erforderlich werden, wenn eine Einziehung zwingend vorgeschrieben wird. Die Fassung der Einziehung lautet nach dem Vorschlag der Kommission folgendermaßen[60]): „Neben der Strafe ordnet das Gericht an, daß Sachen oder Rechte, die zur Begehung oder Vorbereitung einer Straftat bestimmt waren oder gebraucht oder durch sie hervorgebracht worden sind, ganz oder teilweise eingezogen werden, wenn sie ihrer Art nach gefährlich sind oder sich in der Hand eines an der Straftat Beteiligten als gefährlich erwiesen haben. Von der Einziehung kann abgesehen werden, wenn die Straftat fahrlässig begangen ist oder wenn die Gegenstände ohne Schuld des Berechtigten zur Tat bestimmt waren oder gebraucht worden sind oder wenn die Einziehung eine unbillige Härte für den Betroffenen bedeuten würde."

Die Abweichungen von dem geltenden Recht sind also erheblich und klären viele Zweifel der alten Fassung. Zunächst wird der Maßregel eindeutig der Platz in der Reihe der Sicherungsmaßnahmen zugewiesen. Das erweist der ganze Inhalt der Bestimmung, insbesondere die Tatsache, daß es auf das Eigentum des Betroffenen nicht ankommt. Es ist dies die Erfüllung einer Forderung, die sich aus praktischen Bedürfnissen ergeben hatte, da nach § 40 StGB die Einziehung auch in Fällen berechtigten Präventionsinteresses nicht angeordnet werden konnte, wenn der Täter oder ein Teilnehmer nicht Eigentümer des einzuziehenden Gegenstandes war. Vergrößert ist ferner der Umfang der Einziehung. Sie erstreckt sich bereits auf Vorbereitungshandlungen, eine Ausdehnung, die sich aus dem Gesichtspunkt der Prävention als notwendig erwiesen hatte. Sachlich ist der Kreis der Gegenstände auch auf Rechte ausgedehnt, wenn die

[60]) S. 160 allgemeiner Teil.

Voraussetzungen für eine Einziehung vorliegen. Der Grund liegt darin, daß z. B. Geld, das zur Vorbereitung von Straftaten diente, bisher nicht einziehbar war, wenn es als Guthaben auf einer Bank lag, obwohl ein Interesse zur Verfügung der Straftaten vorlag. Diesem unhaltbaren Zustand ist damit abgeholfen worden.

Besteht ein Bedürfnis zur Einziehung nicht, kann in besonderen Fällen von ihr abgesehen werden. Das ist der Fall, wenn die Straftat fahrlässig begangen wurde oder wenn die Gegenstände ohne Schuld des Berechtigten zur Tat bestimmt waren oder gebraucht worden sind. Desgleichen ist eine Härteklausel eingeschaltet worden, die bei leichten Delikten den Betroffenen die Einziehung ersparen kann, wenn damit eine unbillige Härte verbunden wäre.

Bezüglich der Reform der Bestimmung über die Unbrauchbarmachung hat sich das kommende Strafrecht mit Recht auf den Standpunkt der Entwürfe gestellt, und sich statt der Unbrauchbarmachung für eine erweiterte Einziehungsmöglichkeit bei Schriften, Bildern und anderen Darstellungen entschieden. Diese Einziehung hat den Vorteil der Vereinfachung des Verfahrens für sich, ohne für den Betroffenen größere Nachteile mit sich zu bringen als die Unbrauchbarmachung. Die Vorschrift lautet: „Ist der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder anderen Darstellung so beschaffen, daß jede Verbreitung strafbar wäre, so ordnet das Gericht in der Entscheidung über die mit der Darstellung begangenen Straftat an, daß die zur Verbreitung bestimmten oder öffentlich ausgelegten Stücke eingezogen werden und daß die zur Herstellung bestimmten oder gebrauchten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind.

Wäre die Verbreitung nur unter besonderen Umständen strafbar, so ordnet das Gericht die in Abs. 1 bezeichneten Maßregeln an, soweit sie erforderlich sind, um eine solche Verbreitung zu verhindern. Ist nur ein ausscheidbarer Teil des Inhalts so beschaffen, daß er die Einziehung und Unbrauchbarmachung nach Abs. 1 oder 2 begründet, so beschränkt sich die Anordnung auf diesen Teil."

Um den Richter den oft schweren Nachweis zu ersparen, daß derjenige, der die Schrift weitergeleitet hat, ihren Inhalt gekannt und verstanden hat, dieser Inhalt aber eine Einziehung der Schrift geboten erscheinen läßt, (unzüchtige und hochverräterische Schriften), soll die objektive Strafbarkeit des Inhalts zur Einziehung genügen, eine Regelung, die schon nach § 41 StGB die Auffassung der herrschenden Lehre war.

Die Unbrauchbarmachung selbst ist geblieben für die Platten und Formen. Hier hätte sich eine Einziehung nicht gerechtfertigt, da der Präventionszweck sich mit dem Interesse des oft unschuldigen Betroffenen insoweit nicht vereinbaren ließ, als durch den Materialverlust ein unverhältnismäßiger und unnötiger Schaden erwachsen würde. Die teilweise Erkennung der Maßregel ist gemäß dem geltenden Recht geblieben.

Die im geltenden Recht bestehende Streitfrage über den Uebergang des Eigentums an dem eingezogenen Gegenstand ist durch ausdrückliche Bestimmung geklärt worden: „Wird auf Einziehung erkannt, so geht das Eigentum oder das andere Recht mit Rechtskraft des Urteils auf das Reich über."

Bedenken gegen diese Regelung sind nicht zu erheben, da eine eventuelle Zerstörung, Vernichtung oder Veräußerung der Gegenstände, deren Einziehung zulässig oder geboten ist, selbständig unter Strafe gestellt werden soll [61]). Ein Beiseiteschaffen von im Besitz des Betroffenen befindlichen, nicht beschlagnahmten Gegenstände vor Rechtskraft des Erkenntnisses wird damit verhindert und die Durchführung der Maßregel sichergestellt.

Bezüglich der Einziehung im objektiven Verfahren hat sich die Kommission entschlossen, das Wort „unausführbar", das Anlaß zu Unklarheiten und Streit gegeben hatte, wegzulassen und die Bestimmung anders zu formulieren. Sie lautet: „Die Einziehung und die Unbrauchbarmachung können selbständig angeordnet werden, wenn keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden kann."

Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Ansicht des geltenden Rechts verlassen worden ist, die ein objektives Verfahren nur zulassen will, wenn eine Bestrafung aus prozessualen Gründen nicht möglich ist. Um einer zu starken Einschränkung, die damit verbunden war, vorzubeugen, genügt nach dem neuen Gesetzentwurf zur Einleitung des objektiven Verfahrens, daß der äußere Tatbestand einer strafbaren Handlung gegeben ist.

Die von der amtlichen Strafrechtskommission vorgeschlagenen Aenderungen, deren Notwendigkeit nachzuweisen in der vorliegenden Arbeit unternommen wurde, haben alle Streitfragen zufriedenstellend gelöst. Die Praxis der Zukunft wird erweisen, daß der erweiterte Rahmen und Umfang der Einziehung und Unbrauchbarmachung gerechtfertigt ist und eine wirksame Prävention ermöglicht.

---

[61]) Allg. Teil, S. 161.